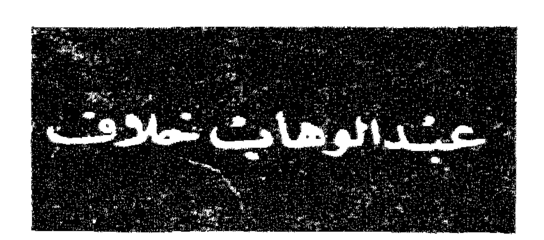
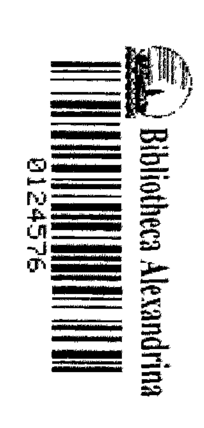
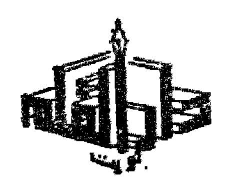

مصادر التشريع الإسلامي
فيما لا نص فيه


عبد الوهاب خلاف


Bibliotheca Alexandrina
0124576




مصادر التشريع الإسلامي
فيما لا نص فيه

الطبعة السادسة

١٤١٤هـ - ١٩٩٣م



دار القلم للنشر والتوزيع

ص.ب ٢٠١٤٦ الصفاة 13062 الكويت
شارع السور - عمارة السور - الطابق الأول
هاتف: ٢٤٥٧٤٠٧ - ٢٤٥٨٤٧٨ - برقياً توزيعكو

مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه

تأليف
عبد الوهاب خلاف



للطباعة والنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم الطبعة الثانية

يسعد دار القلم أن تتابع نشر مؤلفات الاستاذ الجليل المرحوم عبد الوهاب خلاف في علم أصول الفقه . فتقدم اليوم الكتاب الثالث * وهو « مصادر التشريع الاسلامي فيما لا نص فيه » وذلك في طبعته الثانية . وكان معهد الدراسات العربية العالية بالقاهرة قد أصدره في طبعته الأولى سنة ١٩٥٤ .

ودار القلم تؤكد ما ذكرته في تقديم الطبعة الثامنة لكتاب « علم أصول الفقه » وهو أن كتابات الاستاذ خلاف تعتبر النبع الصافي والمورد القريب لمن يطلبون علم أصول الفقه من جمهور المثقفين فضلا عن طلبة الدراسات الاسلامية .

* الكتاب الأول هو « علم أصول الفقه » والكتاب الثاني هو « خلاصة تاريخ التشريع الاسلامي » وقد صدر عن مؤسستنا ولكن بالاسم السابق وهو « الدار الكويتية » .

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ميسر الصعب وملهم الصواب . والصلاة والسلام على رسول الله محمد ابن عبد الله خاتم النبيين ورحمة العالمين .

أما بعد: فهذه خلاصة محاضراتي بمعهد الدراسات العربية العليا في سنتي ١٩٥٣م، ١٩٥٤م، وموضوعها — مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه —

وقد عنيت بإيضاح هذه المصادر. وتذليل صعابها، وتسهيل الانتفاع بها. وبدأت البحث فيها بمقدمة بينت فيها المراد من الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، والوقائع التي فيها مجال للاجتهاد بالرأي، ومن الذين لهم الاجتهاد بالرأي ، ونشرت في بحث الاستصلاح رسالة الطوفي في رعاية المصلحة بنصها محققة محررة . وختمت البحث فيها بخاتمة بينت فيها نواحي المرونة والخصوبة في مصادر التشريع الإسلامي كلها . وأهم الأغراض التي أهدف إليها ثلاثة :

أولها: أن أحكام الفقه الإسلامي لم تقف عند الأحكام التي وردت بها النصوص التشريعية في القرآن والسنة . ولا عند الأحكام التي استنبطها الأئمة المجتهدون السابقون . بل إن لها معيناً لا ينضب ومداداً لا ينفد . وهو الطرق التي مهدها الشرع الإسلامي للاستنباط والتقنين لكل ما يحدث من الوقائع ولا نص فيه .

وثانيها: أن المصادر التشريعية التي أرشد الشرع الإسلامي إلى استنباط الأحكام بها فيما يحدث من الوقائع مصادر مرنة، وخصبة وصالحة لأن تساير مصالح الناس وتطورات البيئات لو فهمت على الوجه الصحيح الذي يوصل إلى ما قصده الشارع بتمهيدها . وتولى الاستنباط بها جمع من ذوي المؤهلات البعيدين عن الأهواء والشهوات . الذين يهدفون إلى تحقيق مصالح الناس وتبرئة الفقه الإسلامي من تهمة الجمود والقصور .

وثالثها: أن المصلحين المعنيين بربط الدول العربية بعدة وحدات تقرب بينهم وتجعلهم كأمة واحدة لو اتخذوا الفقه الإسلامي أساساً لوحدتهم القانونية لوجدوا من أحكامه التي وردت بها النصوص، وأحكامه التي استنبطها المجتهدون ، ومصادره التشريعية الخصبة أسسا قوية لتحقيق هذه الوحدة وسن القوانين التي تلائم البيئات العربية على اختلافها ، وكانت قوانين الدول العربية من شجرة واحدة ومعين واحد وكانت أقوى دعامة لوحدتهم .

وأسأل الله أن يمدنا بتوفيقه ومعونته ، وأن يحقق ما نرجوه ، ويبلغنا ما نقصده .

عبد الوهاب خلاف

مقدمة

- المراد من الاجتهاد بالرأي .
- أنواع الوقائع من حيث الاجتهاد في أحكامها .
- أنواع الأحكام من حيث مصادرها .
- من الذين لهم الاجتهاد بالرأي .

ما المراد من الاجتهاد بالرأي ؟

المراد بالاجتهاد في اصطلاح علماء الأصول هو بذل الجهد للتوصل إلى الحكم الشرعي العملي من دليله التفصيلي . والمراد بالرأي في اصطلاحهم التعقل والتفكير بوسيلة من الوسائل التي أرشد الشرع إلى الاهتداء بها في الاستنباط حيث لا نص .

فالاجتهاد بالرأي هو بذل الجهد للتوصل إلى الحكم في واقعة لا نص فيها بالتفكير واستخدام الوسائل التي هدى الشرع إليها للاستنباط بها فيما لا نص فيه .

فالاجتهاد في واقعة فيها نص ظني الدلالة لتعيين المراد من النص لا يسمى في الاصطلاح الأصولي اجتهاداً بالرأي ، والاجتهاد في واقعة لا نص فيها بغير الوسائل التي أرشد إليها الشرع لا يسمى في الاصطلاح الأصولي اجتهاداً بالرأي .فالرأي الذي هو أساس الاجتهاد فيما لا نص فيه هو التفكير

بطرق التفكير التي أرشد إليها الشرع لأنها أقرب إلى الصواب وأبعد عن الزلل وتهدف إلى المصالح العامة الحقيقية. وهذا هو الرأي المحمود وهو المراد في قول معاذ بن جبل حين سأله رسول الله وقد ولاه القضاء باليمن : كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال معاذ : أقضي بكتاب الله فان لم أجد فبسنة رسول الله فان لم أجد أجتهد رأيي . وهو المراد بقول أبي بكر وقد سئل عن معنى الكلالة في قوله سبحانه « وإن كان رجل يورث كلالة » قال : أقول فيها برأيي فان كان صواباً فمن الله وإن كان خطأ فمني ؛ الكلالة قرابة غير الولد والوالد.

وأما الرأي ، أي التفكير بغير الطرق التي مهدها الشرع ، فهذا في الغالب يكون تفكيراً بالهوى وقريباً من الزلل ، وهذا هو الرأي المذموم وهو المراد بقول عمر : إياكم وأصحاب الرأي ، وبقول كثير من الصحابة : من قال في الشرع برأيه فقد ضل وأضل .

ومن هذا يتبين أن الاجتهاد بالرأي نوع من أنواع الاجتهاد العام ، لأن الاجتهاد العام يشمل بذل الجهد للتوصل إلى الحكم المراد من النص الظني الدلالة. ويشمل بذل الجهد للتوصل إلى الحكم بتطبيق قواعد الشرع الكلية . ويشمل بذل الجهد للتوصل إلى الحكم فيما لا نص فيه بالقياس أو الاستحسان أو الاستصلاح أو غير هذا من الوسائل التي أرشد الشرع إليها للاستنباط فيما لا نص فيه .

ما أنواع الوقائع من حيث الاجتهاد في أحكامها؟

مما لا يعرف فيه خلاف بين جمهور المسلمين أن الله سبحانه لم يترك الناس سدى ، وأن له حكماً في كل ما يحدث للمسلم من الوقائع .

غير أنه سبحانه لحكمة بالغة لم ينص على كل أحكامه في مواد قانونية جامعة ، بل نص على أحكام بعض الوقائع بنصوص في القرآن أو على لسان

رسوله : وسكت عن النص على أحكام أكثر الوقائع ولكنه نصب أمارات عليها ومهد طرقاً توصل إليها ليتوصل إليها المجتهدون وأهل الذكر باجتهادهم وتفكيرهم .

والواقعة التي دل على حكمها نص قطعي في وروده وقطعي في دلالته . بمعنى أنه لا مجال للعقل أن يدرك منه إلا حكماً بعينه . لا مساغ للاجتهاد فيها والواجب اتباع حكم النص فيها بعينه .

فلا مجال للاجتهاد في أن إقامة الصلاة فريضة ولا في فروض أصحاب الفروض من الورثة . ولهذا اشتهر قول الأصوليين « لا مساغ للاجتهاد فيما فيه نص قطعي صريح » .

والواقعة التي دل على حكمها نص ظني الدلالة بمعنى أن النص يحتمل الدلالة على حكمها أو أكثر وللعقل مجال لأن يدرك منه أي الحكمين ، أو الأحكام فيها مجال للاجتهاد ولكنه اجتهاد في حدود فهم المراد من النص وترجيح أحد معنييه أو معانيه . وعلى المجتهد أن يبذل جهده في هذا الترجيح بالاجتهاد بالأصول اللغوية والتشريعية وما يصل إليه باجتهاده عليه العمل به ؛ مثلاً قوله تعالى في آية الوضوء « وامسحوا برؤوسكم » يحتمل أن تكون الباء للالصاق فالمفروض مسح الرأس كله ، وأن تكون الباء للتبعيض فالمفروض مسح بعض الرأس لا كله . وقوله عليه السلام « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » يحتمل أن يكون المراد بالتفرق تفرق الأبدان فيثبت خيار المجلس . وأن يكون المراد تفرق الأقوال أي الإيجاب والقبول فلا يثبت خيار المجلس .

والواقعة التي ما دل على حكمها نص أصلاً واتفق المجتهدون على حكم فيها في عصر من العصور لا مجال للاجتهاد فيها .

والواقعة التي ما دل على حكمها نص ولا انعقد على حكمها إجماع هي مجال الاجتهاد بالرأي . وهي في كل زمن وفي أية بيئة مجال للاجتهاد

من أهل الاجتهاد ولا تمنع اجتهاد فيها سابق من اجتهاد لاحق . وقد كان أهل الفتيا من الصحابة والتابعين وتابعيهم والأئمة المجتهدين يفتي بعضهم في هذه الوقائع بخلاف ما يفتي به الآخر ، وما اعترض مجتهد منهم على مخالفه لأنه خالفه . والسبب في هذا أنه ما دام لا نص على حكم الواقعة فالمرجع في الاهتداء إلى الحكم الأمارات وطرق الاستنباط ، والاهتداء بهذه الطرق والأمارات تختلف باختلاف عقول الباحثين وباختلاف ما يحيط بهم من أحوال وملابسات . وليس أدل على هذا من أن القياس وهو أول طرق هذا الاستنباط أساسه تعليل حكم النص ، ومدار تعليل حكم النص على إدراك المصلحة التي شرع لأجلها الحكم . والوصف الذي بني عليه باعتبار أنه مظنة هذه المصلحة ، وتقدير المصالح ومظانها مما تختلف فيه العقول ومما يتأثر فيه بالبيئة . فأبو حنيفة يقدر أن المصلحة في ثبوت الولاية على تزويج البكر الصغيرة هو دفع الضرر عن القاصر عقلها ومظنة هذا الصغر ، ولهذا يقيس على البكر الصغيرة الثيب الصغيرة ؛ والشافعي يقدر أن المصلحة في ثبوت ولاية التزويج على البكر الصغيرة هو دفع الضرر عن الجاهلة بأمور الزوجية ومظنة هذا البكارة ، ولهذا يقيس على البكر الصغيرة البكر الكبيرة . ومن أن ثاني طرق هذا الاستنباط وهو الاستصلاح أساسه أن لا ضرر ولا ضرار . وتقدير الضرر والنفع يختلف باختلاف العقول والبيئات ورب ضار في زمن غير ضار في آخر ، ورب نافع في أمة ضار في أخرى ، وكثيراً ما عبر المجتهدون بالرأي عن اختلافهم بأنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان — ومما تقدم يتبين أن الاجتهاد بالرأي لا ينشئ حكماً وضعياً من عند المجتهد وإنما يكشف عن الحكم الشرعي الذي نصب الشرع أمارات عليه ومهد الطرق للوصول إليه .

ما انواع الأحكام من حيث مصادرها؟

وينتج مما تقدم أن أحكام الفقه الإسلامي من حيث مصادرها أنواع أربعة :

النوع الأول : أحكام مصادرها نصوص صريحة قطعية في ثبوتها وقطعية في دلالتها على أحكامها ،وهذه أحكام لازمة وعلى كل مسلم اتباعها ولا يجوز أن يختلف المسلمون فيها ولا أن يقننوا ما يخالفها . كافتراض الصلاة والزكاة والصيام والحج. وكايجاب الإيفاء بالعقود واشتراط التراضي في البيوع . قال الإمام الشافعي في رسالته – إذا كان الله في الواقعة حكم بعينه فعلى كل مسلم اتباعه – فآية القرآن الصريحة القطعية الدلالة ، والسنة المتواترة القطعية الدلالة يجب اتباع حكمهما دائماً .

النوع الثاني : أحكام مصادرها نصوص ظنية في الدلالة على أحكامها . وهذه فيها مجال للاجتهاد لكن في حدود تفهم النص ولا يخرج عن دائرته . وعلى المجتهدين أن يرجحوا باجتهادهم أن الحكم الذي يدل عليه النص هو ثبوت الخيار للمتبايعين في المجلس أو عدم ثبوته ،وافتراض مسح الرأس كله في الوضوء أو بعضه . وتحريم الذبيحة لمجرد ترك اسم الله عمداً أو لذكر اسم غير الله عليها ، وما يترجح للمجتهد يكون هو حكم الله في الواقعة على غلبة ظنه،وعليه أن يعمل به وعلى من يستفتيه أن يتابعه في العمل به ، ويجوز التقنين للامة بمجموعة من هذه الأحكام التي لا تخرج عن حدود النصوص الظنية الدلالة . ويجوز أن يكون الحكم في بلد إسلامي أن عدة المطلقة ثلاثة أطهار ، وفي بلد آخر أن عدة المطلقة ثلاث حيضات . ولله الحكمة في أنه صاغ النص محتملاً للدلالة على أكثر من حكم .

النوع الثالث : أحكام لم تدل عليها نصوص لا قطعية ولا ظنية ، ولكن انعقد عليها إجماع المجتهدين في عصر من العصور كتوريث الجدات

السدس . ومنع توريث ابن الابن مع وجود الابن ، وبطلان زواج المسلمة بغير المسلم . وهذه لا مجال للاجتهاد فيها ويجب على المسلم أن يعمل بها لأن المجتهدين إذا أجمعوا على حكم فهو حكم الأمة والأمة لا تجتمع على ضلالة ، ولأنهم أولو الأمر التشريعي والله أمر بإطاعة أولي الأمر من المسلمين . ولكن يجب التحقق من أن الحكم انعقد عليه إجماع المجتهدين في عصر من العصور ولا يكفي مجرد ادعاء هذا الإجماع .

النوع الرابع : أحكام لم تدل عليها نصوص لا قطعية ولا ظنية ولم ينعقد إجماع عليها من المجتهدين في عصر من العصور كأكثر الأحكام الفقهية التي زخرت بها كتب فقه الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والشيعة الإمامية . فهذه الأحكام ما هي إلا استنباطات لأفراد من المجتهدين استنبطوها حسب ما وصلت إليه عقولهم وما أحاط بهم من الظروف والأحوال والملابسات ، وليست أحكاماً لازمة لوقائعها . فيجوز لأهل الاجتهاد في عصرهم وبعد عصرهم أن يخالفوهم في استنباطهم كما جاز للمجتهدين المتعاصرين أن يخالف بعضهم بعضاً وكما جاز للمجتهد الواحد أن يرجع عن اجتهاده السابق إلى اجتهاد لاحق . فالمجتهد برأيه في واقعة ليس قوله حجة ملزمة لكافة المسلمين ولا يجب على المسلمين اتباعه في كل بلد وكل عصر ، وإنما قوله حجة ملزمة له باعتبار أنه هو الحكم الشرعي على غلبة ظنه ما دام باقياً على اجتهاده ، وحجة على من يستفتيه لأن مذهب المستفتي هو مذهب مفتيه . فالحجة على كافة المسلمين هو كتاب الله ، والمتواتر من سنة المعصوم ، وما قال المجتهدون لا يختلفون فيه . لقي عمر ابن الخطاب رجلاً فسأله من أين جئت ؟ فقال الرجل جئت من عند علي وقد قضى بيننا بكذا في خصومة هي كذا ، فقال لو كنت أنا الذي يقضي فيها لقضيت فيها بخلاف هذا القضاء ، فقال الرجل لعمر وما يمنعك وأنت أمير المؤمنين ؟ قال عمر : لو كنت أردك إلى كتاب الله أو سنة رسوله لفعلت ولكني أردك إلى رأيي والرأي مشترك . وقال أبو حنيفة عن خطته في

اجتهاده « إني آخذ بكتاب الله إذا وجدته فما لم أجده فيه أخذت بسنة رسول الله والآثار الصحاح عنه التي فشت في أيدي الثقات. فإذا لم أجد في كتاب الله ولا في سنة رسوله أخذت بقول أصحابه من شئت وأدع من شئت ثم لا أخرج عن قولهم إلى قول غيرهم. فإذا انتهى الأمر إلى إبراهيم والشعبي والحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب فلي أن أجتهد كما اجتهدوا ». ويروى أن مالك بن أنس كان كثيراً ما يردد هذه العبارة : ما منا إلا مصيب ومخطئ عدا المعصوم صاحب هذا القبر ويشير إلى قبر الرسول : ومما اشتهر عن الشافعي قوله « إذا صح الحديث فهو مذهبي واضربوا بقولي عرض الحائط ».

من الذين لهم الاجتهاد بالرأي :

الذين لهم الاجتهاد بالرأي هم الجماعة التشريعية الذين توافرت في كل واحد منهم المؤهلات الاجتهادية التي قررها علماء الشرع الإسلامي ، فلا يسوغ الاجتهاد بالرأي لفرد مهما أوتي من المواهب ، واستكمل من المؤهلات ، لأن التاريخ أثبت أن الفوضى التشريعية في الفقه الإسلامي كان من أكبر أسبابها الاجتهاد الفردي ولا يسوغ الاجتهاد بالرأي لجماعة ، إلا إذا توافرت في كل فرد من أفرادها شرائط الاجتهاد ومؤهلاته ، ولا يسوغ الاجتهاد بالرأي لجماعة توافرت في كل فرد من أفرادها شرائط الاجتهاد ومؤهلاته إلا بالطرق والوسائل التي مهدها الشرع الإسلامي للاجتهاد بالرأي والاستنباط فيما لا نص فيه. فباجتهاد الجماعة التشريعية المتوافرة في أفرادها شرائط الاجتهاد تنتفي الفوضى التشريعية وتشعب الاختلافات ، وباستخدام الطرق والوسائل التي مهدها الشرع الإسلامي للاجتهاد بالرأي يؤمن الشطط ويسار على سنن الشارع في تشريعه وتقنينه.

أما شرائط الاجتهاد ومؤهلاته الواجب توافرها في كل فرد فقد فصلتها

في كتابي «الاجتهاد والتقليد والتعارض والترجيح» ، وهذه خلاصتها :

١ - بما أن أول مصدر يرجع إليه في الاجتهاد هو القرآن ، فيجب على من يستأهل للاجتهاد أن يكون على علم تام بأحكام القرآن والمراد بهذا أن يكون على علم تام بأحكام القرآن والأصول التشريعية العامة التي قررها . فالعلم التام بتشريع القرآن الجزئي والكلي هو أول المؤهلات للاجتهاد، ولا يلزم للاجتهاد في الأحكام العملية أن يكون على علم تام بجميع ما في القرآن من قصص وأخلاق وغيرهما. بل الواجب أن يكون على علم تام بالتشريع العملي في القرآن جزئياته وكلياته أي أنه يكون على علم تام بآيات الأحكام في القرآن ، وآيات الأحكام في القرآن نحو خمسمائة آية على ما ذكره الغزالي وأكثرها في العبادات وما يلحق بها من الأحوال الشخصية والنذور والإيمان . وليست آيات كل نوع متصلاً بعضها ببعض ولا مجموعة في سورة واحدة بل الآيات الخاصة بالفرع القانوني الواحد مفرقة في عدة سور لأنها ما أوحي بها إلى الرسول جملة واحدة وإنما أوحي بها إليه مفرقة حسب الوقائع ودونت كل آية حسب مناسبتها .

فليست آيات المجموعة المدنية في سورة واحدة . وليست آيات العقوبات في موضع واحد . وقد عني بعض المفسرين بآيات الأحكام فمنهم من أفردها بتفسير خاص . ومنهم من جمع آيات كل نوع وضم بعضها إلى بعض وفسرها . وآيات الأحكام في القرآن هي التي تكون فقه القرآن .

وأول واجب على من يستأهل للاجتهاد أن يحصي آيات الأحكام في القرآن ويجمع آيات كل نوع منها بحيث يكون بين يديه كل آيات القرآن في الطلاق . وكل آياته في الإرث . وكل آياته في البيع . وكل آياته في العقوبات وهكذا . ثم يدرس هذه الآيات دراسة عميقة ويقف على أسباب نزولها وعلى ما ورد في تفسيرها من السنة ومن آثار للصحابة أو التابعين وعلى ما فسرها به المفسرون ويقف على ما تدل عليه نصوصها وما تدل عليه ظواهرها وعلى المحكم منها والمنسوخ وما نسخه .

فإذا درس هذه الآيات التشريعية حقّ درسها استطاع إذا عرضت له واقعة أن يبين عن علم ما حكم به القرآن في الواقعة بنص من نصوصه أو بظاهر من ظواهره واستطاع أن يحكم عن علم بأن القرآن لم يدل على حكم هذه الواقعة لا بنص من نصوصه ولا بظاهر من ظواهره.

٢ – وبما أن ثاني مصدر يرجع إليه في الإجتهاد هو السنة فيجب على من يستأهل للاجتهاد أن يكون على علم تام بالسنة. والمراد بهذا أن يكون على علم تام بالسنن التشريعية العملية القولية والفعلية والتقريرية أي بما صدر عن الرسول من التشريع جزئياته وكلياته. وقد عني علماء الحديث بالسنة عناية تامة يسرت السبيل لمن يريد العلم بها. فأولاً ميزوا بين المتواتر منها وبين الآحاد. وميزوا بين الصحيح والحسن والضعيف. وصار العالم غير محتاج إلى بذل جهد في سند الحديث للوقوف على مرتبته. فكل حديث من الميسور معرفة أنه متواتر أو غير متواتر، وصحيح، أو حسن، أو ضعيف.

وثانياً: رتبوا الأحاديث على أبواب الفقة وجمعوا أحاديث كل نوع في باب على حدة فأحاديث البيع في باب البيع وكذا أحاديث الرهن والربا والسرقة والزنا والقذف وكل فرع من فروع العبادات والمعاملات والعقوبات أو غيرها.

وثالثاً: عمد بعض العلمـــاء إلى كتب السنن الصحاح الستة وهي صحاح البخـــاري ومسلم وأبي داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وجمعوا ما فيها بحيث يستطيع الباحث أن يقف على ما في هذه الصحاح كلها في البيع وما فيها كلها في الإجارة وهكذا. فمن رجع إلى كتاب جامع لهذه الكتب الستة مثل كتاب «التاج الجامع للأصول الستة» ورجع معها إلى كتاب الموطأ للإمام مالك بن أنس وكتاب منتقى الأخبار لابن تيميه وشرحه نيل الأوطار للشوكاني ترجح عنده أنه لم تغب عنه سنة تشريعية في الواقعة التي يبحث فيها. وأمكنه أن يحكم عن علم بأن الواقعة التي عرضت دل على حكمها نص في السنة أو ظاهر من ظواهرها أو لم يدل على حكمها من السنة نص ولا ظاهر.

وإذا وقف على نص في السنة بحث عن سبب ورود هذا النص وهل هو محكم أو منسوخ وما ناسخه وهل يعارضه نص آخر أو لا يعارضه نص. وإذا وقف على ظاهر فيها بحث أيضاً عن سبب وروده وهل هو محكم أو منسوخ وهل هو معارَض أو غير معارض. وهل هو على ظاهره أو مؤول وما دليل تأويله؟ وعلى ضوء هذه البحوث يستدل على حكم الواقعة من السنة إذا وجد.

٣ – وبما أن ثالث مصدر يرجع إليه في الاجتهاد هو ما أجمع عليه مجتهدو المسلمين في عصر من العصور فيجب على من يستأهل للاجتهاد أن أن يكون على علم بمذاهب المجتهدين السابقين حتى يعرف ما أجمعوا عليه وما اختلفوا فيه ووجهات نظرهم فيما اختلفوا فيه فإن وجد في الواقعة حكماً أجمع عليه المجتهدون في عصر من العصور التي سبقته أمضاه. فكما أنه لا مساغ للاجتهاد فيما فيه نص صريح لا مساغ للاجتهاد فيما انعقد على حكمه إجماع المجتهدين. والظاهر أنه يكفي أن ينتج البحث الدقيق الذي يبذل فيه أقصى الجهد أن هذا الحكم في الواقعة لا يعرف فيه خلاف بين المجتهدين السابقين فيحكم به ولا يفتي بخلافه أي أنه يكفي أنه لم يعرف خلاف بين الصحابة في توريث الجدات السدس. وأما إذا اشترطنا للاحتجاج بالإجماع التحقق من أن جميع المجتهدين في عصر على اختلاف بلادهم ومذاهبهم قد اتفقوا على حكم الواقعة فهذا لا سبيل إليه ويؤدي إلى أن يكون هذا الإجماع مصدراً فرضياً.

٤ – وبما أن رابع مصدر يرجع إليه في الاجتهاد هو القياس فيجب على من يستأهل للاجتهاد أن يعرف حقيقة القياس وأركانه والشروط الواجب توافرها في كل ركن وخاصة شروط العلة ومسالكها وقوادحها وهذا يوجب عليه أن يدرس علم أصول الفقه دراسة دقيقة شاملة وأن يعرف المبادئ التشريعية العامة التي بنيت عليها الأحكام. والمقاصد العامة التي قصدت بها وأن يعرف علل الأحكام التي دلت عليها النصوص وعلل الأحكام التي

تؤخذ من القواعد الكلية. وبهذا تتكون عنده ملكة تشريعية يقتدر بها على استنباط الأحكام وفهم روح التشريع الإسلامي وقياس ما لا نص فيه على ما فيه نص أو الاستدلال على حكمه بأية أمارة من الأمارات التي اعتبرها الشارع للدلالة على أحكامه.

والوسيلة لفهم ما تدل عليه النصوص التشريعية في القرآن والسنة فهماً صحيحاً هي العلم باللسان العربي، فعلى من يستأهل للاجتهاد أن يكثر قراءة آداب العرب من منثور ومنظوم، وأن يدرس المبادئ اللغوية العربية التي توصل إليها العلماء من استقراء أساليب العرب وطرق دلالة ألفاظهم وعباراتهم على المعاني وأن يكون له من هذا ملكة عربية سليمة يقتدر بها على فهم النصوص العربية وإزالة غموض ما فيه خفاء منها.

والوسيلة لاستنباط الأحكام فيما لا نص فيه بواسطة القياس أو بواسطة غيره من الأمارات الشرعية العلم بالمصالح العامة التي قصدهـا الشارع بالتشريع والعلم بأحوال البيئة وما تقتضيه من مصالح حتى لا ينبو التشريع عن مصالح الناس.

٥ — وبما أن سياج هذه المؤهلات هو خلق المجتهد ودينه وضميره فيجب أن يكون عدلاً أي كاملاً في دينه وخلقه لا يرتكب كبيرة ولا يصر على صغيرة ولا يخشى في الحق لومة لائم، ولا بأس ذي سلطان، ولا يبغي إلا المصالح الحقيقة العامة فإذا اختيرت جماعةمتوافرة فهم هذه المؤهلات وضمت إليهم جماعة من العدول ذا ولي وعلم بشؤون الدنيا من قانونية واقتصادية وتجارية واجتماعية وصحية وغيرها تكونت من هاتين الجماعتين جمعية تشريعية فيها الأهلية للاجتهاد بالرأي.

القياس

- تعريفه .
- أمثلته .
- بعض نتائج من تعريفه وأمثلته .
- حجيته .

تعريفه :

القياس هو أول طريق يلجأ إليه المجتهد لاستنباط الحكم فيما لا نص فيه وهو أوضح طرق الاستنباط وأقواها ، والقياس معناه في اللغة التسوية يقال فلان لا يقاس بفلان أي لا يسوى به ، والقياس في اصطلاح الأصوليين تسوية واقعة لم يرد نص بحكمها بواقعة ورد نص بحكمها في الحكم الذي ورد به النص لتساوي الواقعتين في علة هذا الحكم .

وتوضيح هذا أن جمهور المسلمين متفقون على أن أحكام الشرع التي وردت بها النصوص لم تشرع عبثاً وإنما شرعت لتحقيق مصالح العباد . فإذا كانت هذه الأحكام مما لا سبيل للعقل إلى إدراك المصالح التفصيلية التي شرعت لتحقيقها كأحكام العبادات فهذه أحكام تعبدية ، وعلى المكلف أن ينفذها كما وردت بها النصوص ، ولا يتجاوز بها وقائع نصوصها . وإذا كانت هذه الأحكام مما للعقل سبيل إلى إدراك المصالح التي شرعت لتحقيقها والعلل التي بنيت عليها لأنها مظان تلك المصالح ، فعلى المكلفين

أن ينفذوها في وقائع نصوصها ، وعلى المجتهدين أن يتعرفوا المصلحة التي قصدها الشارع من الحكم والعلة الظاهرة التي ربط الشارع الحكم بها ، لأن في هذا الربط تحقيق تلك المصلحة . حتى إذا عرضت لهم واقعة غير واقعة النص وتبين لهم أن تلك العلة متحققة فيها حكموا فيها بحكم واقعة النص لتحقيق المصلحة التي قصدها الشارع . مثلا ورد في الحديث « لا يرث القاتل » دل هذا الحديث على حكم وهو المنع من الارث في واقعة وهي الوارث القاتل لمورثه . فإذا وصل المجتهد باجتهاده إلى أن المصلحة التي قصدها الشارع بهذا الحكم هي منع الإنسان من أن يتعجل الشيء قبل أوانه وحرمان المجرم من أن يستفيد من إجرامه ووصل إلى أن العلة الظاهرة التي ربط الشارع بها الحكم هي القتل لأن في ربط المنع بالقتل تحقيق تلك المصلحة ، ثم عرضت له واقعة الموصى له القاتل للموصي . والموقوف عليه القاتل للواقف . ورأى أن الحكم فيهما بما حكم به في الوارث القاتل يحقق مصلحة الشارع سوّى الموصي الموصى له القاتل للموصي ، والموقوف عليه القاتل للواقف بالوارث القاتل للمورث في الحكم لتساويهم في علته ويكون منع الوارث القاتل للموروث من الارث بالنص ومنع الموصى له القاتل للموصي من الوصية ومنع الموقوف عليه القاتل للواقف من الاستحقاق في الوقف بالقياس .

ومن هذا يتبين أن عملية القياس تبتدئ باستخراج علة حكم الواقعة التي ورد النص بحكمها . وهذا يسمى تخريج المناط [1] . ثم يليه البحث في تحقيق هذه العلة في الواقعة التي لم يرد نص بحكمها . وهذا يسمى تحقيق المناط . ثم يلي هذا الحكم بأن الواقعتين متساويتان في العلة ، وتبنى على هذا تسوية الواقعتين في الحكم وهذا هو المقصود من القياس .

فالواقعتان أمران معلومان لأنهما حادثتان إحداهما منصوص على حكمها

---

١ – علة الحكم تسمى مناط الحكم لأن الحكم نيط بها أي ربط بها وبني عليها وجوداً وعدماً.

والأخرى غير منصوص على حكمها. والحكم الذي ورد به النص معلوم. والذي استكشفه المجتهد باجتهاده هو علة حكم النص، وتحققها في الواقعة العارضة، والذي وصل إليه هو التسوية بين الواقعتين في الحكم بناء على تساويهما في علته.

ومن أجل تعدد مراحل عملية القياس واختلاف النظر في الأمر الجوهري فيها أهو التسوية بين الواقعتين في العلة لأنها أساس التسوية في الحكم أم هو التسوية في الحكم لأنه هو المقصود، اختلفت عبارات الأصوليين في تعريفه. وكلها في جوهرها متفقة. ونحن نعرض عدة من التعريفات التي عرفوا بها القياس. ثم نعرض عدة أمثلة من أمثلة القياس، ثم نذكر بعض النتائج التي تستنتج من تعريفه وأمثلته.

عرفه البيضاوي في كتابه المنهاج بقوله «القياس إثبات مثل حكم معلوم في معلوم آخر لمشاركته له في علة حكمه عند المُثْبِت».

وعرفه ابن السبكي في كتابه جمع الجوامع بقوله: «القياس حمل معلوم على معلوم لمساواته له في علة حكمه عند الحامل».

وعرفه صدر الشريعة في كتابه تنقيح الأصول بقوله: «القياس تعدية حكم من الأصل إلى الفرع بعلة متحدة لا تعرف بمجرد فهم اللغة».

وعرفه الكمال بن الهمام في كتابه التحرير بقوله: «القياس مساواة محل لآخر في علة حكم له شرعي لا تدرك بمجرد فهم اللغة».

وعرفه ابن الحاجب في كتابه المختصر بقوله: «القياس مساواة فرع لأصل في علة حكمه».

ورد في بعض هذه التعريفات معلوم بمعلوم وفي بعضها أصل وفرع وفي بعضها محل لآخر وهذه ألفاظ مترادفة معناها واحد وهو الواقعة التي ورد النص بحكمها والواقعة التي لم يرد نص بحكمها ويراد الوصول إلى

حكمها فالواقعتان معلومتان وكل منهما محل للحكم وواقعة النص أصـــل لواقعة المسكوت عنها .

وورد في بعض هذه التعريفات لفظ ـ إثبات ـ وهو يوهم أن القائس يثبت حكماً في الفرع وينشئه مع أنه في الحقيقة يكشف ويظهر أن حكمه هو حكم الأصل .

وورد في بعض هذه التعريفات لفظ ـ حمل ـ وهو يوهم أن الفرع والأصل يصدقان على شيء واحد لأن المحمول والمحمول عليه لا بد أن يكونا متحدين فيما يصدقان عليه مع أن واقعة الأصل غير واقعة الفرع .

وورد في بعض هذه التعريفات لفظ ـ تعدية ـ وهو يوهم أن حكم الأصل جاوزه إلى الفرع وهذا غير صحيح .

وورد في بعض التعريفات زيادة لفظ ـ عند المثبت ـ أو عند الحامل ـ والغرض منها الدلالة على أن هذا التساوي في العلة الذي بني عليه التساوي في الحكم إنما هو بحسب اجتهاد القائس وليس بحسب الواقع . وهذا تصريح بما هو مفهوم .

وورد في بعض هذه التعريفات زيادة وصف العلة بأنها ـ لا تدرك بمجرد فهم اللغة ـ وهذا للاحتراز عن دلالة النص وسيأتي توضيح الفرق بين القياس ودلالة النص .

وهذه التعريفات مختلفة الألفاظ ومآلها واحد ، وجوهرها واحـــد . وأوضح تعريف للقياس مطابق لعمليته هو أن يقال « القياس تسوية واقعة لم يدل على حكمها نص بواقعة دل على حكمها نص في الحكم الذي دل عليه النص لتساوي الواقعتين في علته » .

وأبعد التعريفات تعريفه بأنه مساواة فرع لأصله في علة حكمه . فإن التعريف إنما هو للعملية التي يجريها القائس وتساوي الأصل والفرع في العلة

ليس من عمله وكذلك القياس المقصود به الوصول إلى حكم الفرع لا إلى مجرد تساوي الأصل والفرع في العلة.

أمثلة متعددة للقياس :

١ – السلَم [١] بيع أبيح استثناء بالحديث ، نهى رسول الله عن بيع المعدوم ورخص في السلم. وقيس عليه بيع ما وجد وما سيوجد من ثمار الأشجار لتساويهما في الحاجة إليهما وجريان عرف الناس بهما من غير إفضاء إلى نزاع ، وقيس عليه أيضاً بيع الاستصناع.

٢ – بيع العرايا [٢] أبيح استثناء بالحديث « نهى رسول الله عن بيع الشيء بجنسه متفاضلا ورخص في العرايا ، وقيس عليه بيع العنب في الكرم بالزبيب لأن الكرم كالنخل في بروز ثمرهما وإمكان التخمين القريب في تقديرهما وحاجة الناس إلى هذا النوع من البيع.

٣ – ابتياع الانسان على ابتياع أخيه منهي عنه بنص الحديث « لا يحل لإنسان أن يخطب على خطبة أخيه ولا أن يبتاع على بيع أخيه » وقيس عليه استئجار الانسان على استئجار أخيه لتساويهما في أن كلا منهما فيه اعتداء على الغير.

٤ – شرب الخمر محرم بالنص وهو قوله تعالى « فاجتنبوه » وقيس عليه شرب أي نبيذ آخر تخَمَّر وصارت فيه خاصة الاسكار التي في الخمر لتساويهما في علة التحريم.

---

١ – السلم : هو تسليم عوض حاضر في عوض موصوف في الذمة إلى أجل ويسمى سلماً وسلفاً وهو لا يصح في المذهب الحنفي إلا فيما يمكن ضبط صفاته وقدره كالمكيلات والموزونات والمعدودات المتماثلة أو المتقاربة ؛ فلا يصح عندهم في الحيوان ولا في الجواهر ولا في الأرض. وأصله قول الرسول : « من أسلم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ».

٢ – العرايا بيع الرطب في رؤوس النخل بمثل قدره من التمر كيلا.

٥ — قتل الوارث مورثه مانع من الإرث بالحديث « لا يرث القاتل ». وقيس به قتل الموصى له الموصي وقتل الموقوف عليه للواقف لتساويها في أن القتل فيها مظنة استعجال الشيء قبل أوانه والانتفاع بالاجرام.

٦ — البكر الصغيرة تثبت لوليها ولاية تزويجها بالحديث وقيس عليها الثيب الصغيرة لتساويهما في الصغر الذي هو مظنة قصور العقل والعجز عن إدراك المصلحة.

٧ — البيع وقت النداء للصلاة من يوم الجمعة منهي عنه بقوله تعالى: « فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع » وقيس عليه الاجارة والمداينة وأي عقد أو تصرف في هذا الوقت لتساويها في أنها تشغل عن ذكر الله وعن الصلاة.

٨ — الجمع بين الأختين في الزواج محرم بالآية: « وأن تجمعوا بين الأختين » والجمع بين البنت وعمتها والبنت وخالتها محرم بالحديث « لا يجمع بين البنت وعمتها ولا بين البنت وخالتها » والجمع بين أي محرمين غير هذه محرم بالقياس لتساويها في أن الجمع فيها يؤدي إلى قطيعة الرحم، كالجمع بين البنت وخالة أبيها أو البنت وعمة أبيها.

٩ — السرقة بين الأصول والفروع وبين الزوجين لا تجوز محاكمة مرتكبها إلا بناء على طلب المجني عليه في قانون العقوبات وقيس على السرقة النصب واغتصاب المال بالتهديد وإصدار شيك بدون رصيد وجرائم التبديد بين هؤلاء لعلاقة القرابة والزوجية فيها كلها « م ٣١٢ قانون العقوبات ».

١٠ — الورقة الموقع عليها بالامضاء حجة على موقعها مقيسة عليها الورقة المبصومة ببصمة الأصبع تكون حجة على باصمها لأن بصمة الأصبع مثل التوقيع بالامضاء في الدلالة على الشخص.

نتائج من تعريف القياس وأمثلته :

من نظر بإمعان في تعريف القياس وأمثلته تظهر له عدة نتائج :

أولها : أن كل قياس يتكون من أركان أربعة :

١ – واقعة النص،أي الواقعة التي حكم فيها النص وتسمى الأصل والمقيس عليه .

٢ – والواقعة الطارئة التي لا نص على حكمها ويراد بالقياس الوصول إلى حكمها وتسمى الفرع والمقيس .

٣ – وحكم الأصل وهو الحكم الذي ورد به النص في

٤ – وعلة الحكم وهي التي بنى الشارع عليها حكمه في واقعة النص

فبيع السلم هو الأصل . وبيع ما سيوجد من الثمار مع ما وجد هو الفرع . وحكم الأصل هو الاباحة وعلته دفع الحاجة وجريان العرف به من غير إفضاء إلى نزاع .

وفي كل مثال لقياس يسهل استبانة أركانه الأربعة . وعلى من يقيس أن يحدد واقعة النص ويحدد حكمها الذي ورد به النص . ويتعرف العلة التي بنى عليها الشارع هذا الحكم . وإذا وجد هذه العلة متحققة في الواقعة التي يبحث عن حكمها حكم فيها بحكم النص . والواجب أن يحتاط في تحديده واقعة النص وحكمها وأن يكون أشد احتياطاً وتدقيقاً في معرفة علة الحكم وفي التحقق من وجودها في الفرع أي في تخريج المناط وفي تحقيقه .

وثانيها : **أنه لا يمكن إجراء عملية القياس إلا إذا كان حكم النص مما يدرك العقل علته** : أي أنه حكم معقول المعنى وللعقل وسيلة إلى إدراك معناه والمصلحة التفصيلية التي قصدت به كأحكام المعاملات . وأما إذا كان حكم النص مما لا يدرك العقل علته أي أن الله سبحانه استأثر بعلمه بحكمته

فهذا يسمى حكماً تعبدياً ولا يجري فيه قياس كعدد ركعات كل صلاة وعدد أيام الصيام وأشواط الطواف بالكعبة وغير هذا من العبادات ومثلها العقوبات المقدرة كالجلد في الزنا مائة جلدة وفي قذف المحصنات ثمانين وتكفير الحنث في اليمين بإطعام عشرة مساكين أو صيام ثلاثة أيام ؛ لأن العقل لا يمكنه أن يدرك المصلحة التفصيلية في التحديد بهذه المقادير ولا أن يعرف لمَ كانت فريضة الصبح ركعتين والظهر أربعاً ولمَ كان في الركعة ركوع واحد وسجدتان ، ولمَ كان الجلد مائة لا أكثر ولا أقل وما دام الحكم لا سبيل إلى [illegible] علته التي بني عليها فلا سبيل إلى تسوية واقعة بواقعة النص. ولهذا قرر الأصوليون أنه لا يقاس في العبادات ولا في العقوبات المقدرة من حدود وكفارات ولا في الفروض المقدرة لأصحاب الفروض في الارث .

وإذا كان حكم النص مما يدرك العقل وعلته أمكن إجراء القياس سواء أكان هذا الحكم عزيمة أم رخصة ومعنى أنه عزيمة أنه حكم مشروع من ابتداء تشريعه عاماً ليس خاصاً بزمن ولا بمكلف ولا بحال خاصة كتحريم شرب الخمر ومنع الوارث القاتل من الارث . وتحريم بيع المعدوم . وأما معنى أنه رخصة فهو أنه حكم مشروع ولكن في زمن خاص أو لبعض المكلفين خاصة تخفيفاً عليهم في حال تقتضي التخفيف وهو كالاستثناء من حكم العزيمة . كإباحة شرب الخمر للضرورة وإباحة بيع السلم للحاجة . وقد تبين من الأمثلة التي ذكرناها أن القياس جرى في العزيمة فقد قيس الموصي له القاتل على الوارث القاتل في المنع من الارث لتساويهما في علته وجرى في الرخصة فقد قيس بيع العنب في الكرم بالزبيب على بيع العرايا لتساويهما في علته فالمدار على أن حكم الأصل تدرك علته من غير نظر إلى كونه عزيمة أو رخصة . ففي قوله تعالى : « فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم » بعد تحريم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به يقاس على من اضطر في مخمصة ، أي مجاعة ، من اضطر في مرض أو أية ضرورة .

وثالثها: **أن القياس مُظْهِر لا مثبت**: والمراد بهذا أن المجتهد بالقياس لا يثبت ولا يضع حكماً في الفرع من عنده وإنما يظهر أن حكم الأصل الذي ورد به النص ليس قاصراً على واقعة النص، وإنما هو حكم فيها وفي كل واقعة تحققت فيها علته. فالقائس إذا عرف أن علة تحريم شرب الخمر إسكاره، وعرف أن نبيذ التمر أو التفاح فيه خاصية الاسكار التي في الخمر. وحكم بأن شرب نبيذ التفاح محرم كشرب الخمر، فهو في الحقيقة أظهر أن التحريم ليس قاصراً على شرب الخمر، وأنه يتناول شرب كل مسكر، لأنه ما دام اهتدى إلى العلة التي بنى عليها الشارع حكمه، فقد اهتدى إلى أن حكم الشارع يوجد في أية واقعة تحققت فيها علته، لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، وعلى هذا قال بعض الأصوليين: حيثما توجد المصلحة فثم شرع الله، ومن هذا يتبين أن جهد القائس إنما هو في تخريج المناط وفي تحقيقه. فإذا استخرج المناط الذي بني عليه حكم الأصل وحقق وجوده في الفرع ظهر حكم الشارع في هذا الفرع.

ورابعها: **أنه يوجد فرق بين القياس ودلالة النص**: وقد أشار بعض من عرفوا القياس إلى هذا الفرق بقولهم في التعريف «لمساواته له في علة لا تدرك بمجرد فهم اللغة».

وتوضيح هذا أنه إذا دل نص على حكم في واقعة لعلة بني عليها هذا الحكم ثم وجدت واقعة أخرى متحققة فيها هذه العلة وكان إدراك العلة التي بني عليها حكم الأصل وإدراك تحققها في الفرع من الوضوح بحيث يكفي فيه فهم النص لغة ولا يحتاج إلى اجتهاد ولا بحث لا في تخريج المناط ولا في تحقيقه فيكون ثبوت حكم الأصل في الفرع بدلالة النص لا بالقياس ويكون النص قد دل على ثبوت حكمه في واقعتين في واقعته الواردة فيه وفي الواقعة التي ساوتها في العلة هذه المساواة الظاهرة التي لا تحتاج إلى أكثر من فهم العبارة. مثلا قوله تعالى في شأن الوالدين: «فلا تقل لهما أف»

الأصل قوله هنا أف أي أتضجر وحكمه النهي عنه وعلته أن في هذا القول له إيذاء وهذه العلة لا يحتاج إدراكها إلى بحث واجتهاد وتوجد أنواع أخرى من الأقوال والأفعال تحقق فيها الايذاء بأشد من قول أف وتحققه فيها لا يحتاج إلى بحث واجتهاد فالنص يدل على النهي عن قول أف بعبارته وعن النهي عن أي قول أو فعل فيه إيذاء بدلالته . ولا يقال قيس السب والشتم على قول أف . وكما يسمى هذا دلالة النص يسمى مفهوم الموافقة لأن الحكم في واقعة الفرع وافق حكم الأصل ، ويسمى أيضاً فحوى الخطاب ، أي روحه وما يظهر منه . فمناط التفريق بين دلالة النص والقياس أنه إن كان استخراج مناط الحكم في الأصل وتحققه في الفرع يفهم بمجرد فهم النص لغة . ولا يحتاج إلى اجتهاد ، فهذا دلالة النص ، وإذا كان يحتاج إلى بحث واجتهاد ، فهذا هو القياس .

• • •

حجية القياس :

قدمنا أن الاجتهاد بالرأي إنما يكون بطريق من الطرق التي مهدها الشرع الاسلامي ونصبها أمارات للدلالة على الحكم فيما لا نص فيه لأن الاجتهاد بطريق من هـــذه الطرق يكون سلوكاً للسنن الشرعي في التقنين وموصلاً إلى المصالح العامة التي قصدها الشرع بالتشريع .

وإذاً لا بد أن نبين في دراسة كل طريق من هذه الطرق أنه طريق مهده الشرع للاستنباط ، واعتبر الحكم المستنبط به ، وقبل العمل به ، وهذا ما يسمى في اصطلاح الأصوليين حجية القياس أو التعبد بالقياس .

ومما اتفق عليه جمهور علماء المسلمين أن القياس حجة شرعية في حالتين :

الاولى : إذا كان حكم الأصل منصوصاً على علته ؛ أي أن الحكم

منصوص عليه وعلته منصوص عليها أيضاً . لأن النص على علة الحكم يعتبر نصاً على ثبوت الحكم حيث وجدت علته : مثلا : قال تعالى « ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن » دل النص على حكم ، هو وجوب اعتزال النساء في المحيض ، ودل على علته ، وهي أن المحيض أذىً ، فحيث يتحقق الأذى في حال أخرى غير المحيض كالنفاس والنزيف يوجد الحكم وهــو وجوب الاعتزال — والذي يظهر لي أن العلة المنصوص عليها يكون الحكم بناء عليها من باب تطبيق النص لا من باب القياس ، لأن مآل النص في هذه الحال : اعتزلوا النساء فيما هو أذىً كالمحيض .

الثانية : إذا كان القياس من أقيسة الرسول لأن الرسول في اجتهاده بالقياس ملحوظ برعاية الله له ، فإذا أقره الله على قياسه فهو حجة — مثلا — قال صلى الله عليه وسلم : « لا يجمع بين البنت وعمتها ولا بين البنت وخالتها ؛ إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » فهذا التعليل أشار الرسول به إلى أنه قاس على الجمع بين الأختين الجمع بين البنت وعمتها والبنت وخالتها — والذي يظهر لي أن هذا الحكم بالنسبة إلينا ثابت بالسنة لا بالقياس .

أما القياس في غير هاتين الحالتين فقد اختلف [1] علماء المسلمين في أنه حجة وتشعبت آراؤهم فيه عدة شعب . ونحن نعرض عن سرد هذه الآراء جميعها وعن ذكر ما ترامى به المختلفون من الطعون ونكتفي بذكر الرأيين الرئيسين وهما :

أولا — رأي جمهور علماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء والمتكلمين

---

١ — اقرأ جملة هذه الأقوال والآراء في كتاب — إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للإمام الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ في الفصل الثاني في حجية القياس — واقرأ في هذا الفصل تأييد المؤلف لمذهب نفاة القياس ونقضه أدلة مثبتيه وهو يباع في أكثر المكتبات .

وهو أنه حجة شرعية على الأحكام العملية . ودليل أقامة الشارع للاستدلال به على حكم ما لا نص فيه من الوقائع . ويطلق على هؤلاء مثبتو القياس .

وثانيهما — رأي النظام وأتباعه وداود الظاهري وأتباعه وفرق من الشيعة وهو أنه ليس حجة شرعية ولا يصح الاستدلال به على حكم شرعي ، ويطلق على هؤلاء نفاة القياس ، ومن هؤلاء من غلوا وأنكروا حجة القياس والاستدلال به ولو كانت علة حكم الأصل منصوصاً عليها كأتباع داود الظاهري .

وقد تنوعت المسالك في إيراد حجج الفريقين وشبههم ، وكل باحث قد سلك المسلك الذي يوصل إلى تأييد ما يرجحه من إثبات أو نفي . فالإمام الشوكاني في كتابه إرشاد الفحول ، لأنه من نفاة القياس ، سلك مسلك أن الأصل عدم حجية القياس ، وأنه ليس على نفاة القياس أن يقيموا دليلا على عدم حجيته وهم في مقام المنع ؛ أي طلب الدليل من مثبتيه ، وعلى مثبتي حجيته إقامة الدليل . وأورد أدلتهم وأتبع كل دليل بما يفنده حسب زعمه .

ونحن نورد أظهر أدلة مثبتي القياس ، وأظهر أدلة نفاته ، ونتبع كل دليل من أدلة نفاته بما ينقضه ، وندفع أظهر شبههم ليخلص لنا ، إن شاء الله ، الحق الذي يدين به جمهور علماء المسلمين وتقره الفطرة السليمة ، وهو حجية القياس .

أدلة مثبتي القياس الذين يحتجون به :

استدل مثبتو القياس بالقرآن ، وبالسنة ، وبأقوال الصحابة وأفعالهم وبالمعقول :

١ — أما القرآن فأظهر ما استدلوا به من آياته ثلاث آيات :

الآية الأولى : قوله تعالى في سورة النساء : « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم . فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله وإلى الرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا » . ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله سبحانه أمر المؤمنين إن تنازعوا واختلفوا في شيء ليس لله ولا لرسوله ولا أولي الأمر منهم فيه حكم أن يردوه إلى الله وإلى الرسول ، ورده أي إرجاعه إلى الله وإلى الرسول بإطلاقه ، يشمل كل ما يصدق عليه أنه رد إليهما فرده إلى قواعد الشرع الكلية رد إلى الله ورسوله ، ورد ما لا نص فيه إلى ما فيه نص بالحكم عليه بحكم النص لتساوي الواقعتين في العلة التي بني عليها الحكم هو رد المتنازع فيه إلى الله ورسوله ، لأنه ما حكم فيه بحكم من عنده وإنما حكم فيه بما حكم النص في نظيره .

الآية الثانية : قوله تعالى في سورة الحشر : « هو الذي أخرج الذين كفروا من أهل الكتاب من ديارهم لأول الحشر ، ما ظننتم أن يخرجوا ، وظنوا أنهم مانعتهم حصونهم من الله ، فأتاهم الله من حيث لم يحتسبوا ، وقذف في قلوبهم الرعب ، يخربون بيوتهم بأيديهم وأيدي المؤمنين . فاعتبروا يا أولي الأبصار » وموضع الاستدلال قوله سبحانه « فاعتبروا » ، ووجه الاستدلال أن الله سبحانه بعد أن قص ما كان من بني النضير الذين كفروا وما حاق بهم من حيث لم يحتسبوا ، قال فاعتبروا يا أولي الأبصار أي فقيسوا أنفسكم بهم لأنكم أناس مثلهم إن فعلتم مثل فعلهم حاق بكم مثل ما حاق بهم . ولا يقال إن الآية في أحكام حسية وجزاءات دنيوية فهي خاصة بها لأن مفهوم الآية أن سنة الله في كونه أن نعمه ونقمه وجميع أحكامه هي نتائج لمقدمات أنتجتها ، ومسببات لأسباب ترتبت عليها ، وأنه حيث وجدت المقدمات نتجت نتائجها وحيث وجدت الأسباب ترتبت عليها مسبباتها ، وما القياس إلا سير على السنن الإلهي وترتيب المسبب على سببه في أي محل وجد فيه ، وهذا هو الذي يفهم من قوله سبحانه « فاعتبروا » . وقوله :

« إن في ذلك لعبرة » وقوله : « لقد كان في قصصهم عبرة » سواء فسر الاعتبار بالعبور أي المرور أم فسر بالاتعاظ فهو تقرير لأن سنة الله في خلقه أن ما جرى على النظير يجري على نظيره. ألا ترى أنه إذا فصل موظف من وظيفته لأنه ارتشى فقال الرئيس لاخوانه الموظفين : إن في هذا لعبرة لكم ، أو اعتبروا ، لا يفهم من قوله إلا أنكم مثله فإن فعلتم فعله عوقبتم عقابه ولا عبرة بشخصه. وإذا شرب إنسان مسكراً ففقد صوابه فقيل لمن رأوه اعتبروا أي لا تشربوا مثل ما شرب.

الثالثة : قوله تعالى في سورة يس : « قل يحييها الذي أنشأها أول مرة » جواباً لمن قال : « من يحيي العظام وهي رميم » ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله سبحانه استدل بالقياس على ما أنكره منكرو البعث. فإن الله سبحانه قاس إعادة المخلوقات بعد فنائها على بدء خلقها وإنشائها أول مرة لإقناع الجاحدين بأن من قدر على بدء خلق الشيء وإنشائه أول مرة قادر على أن يعيده ، بل هذا أهون عليه ، فهذا الاستدلال بالقياس إقرار لحجية القياس وصحة الاستدلال به. وهو قياس في الحسيات ولكنه يدل على أن النظير ونظيره يتساويان.

وهذه الآيات الدالة على حجية القياس أيدها في دلالتها أن الله سبحانه في عدة آيات من آيات الأحكام قرن الحكم بعلته مثل قوله سبحانه في المحيض : « قل هو أذىً فاعتزلوا النساء في المحيض » وقوله في إباحة التيمم : « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج » لأن في هذا إرشاداً إلى أن الأحكام مبنية على مصالح ومرتبطة بأسباب وإشارة إلى أن الحكم يوجد حيث يوجد سببه وما بني عليه.

٢ — وأما السنة فأظهر ما استدلوا به منها دليلان : الأول حديث معاذ بن جبل الذي رواه أحمد وأبو داود أن رسول الله لما أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن قال له: كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب

الله ، فإن لم أجد فبسنة رسول الله ، فإن لم أجـد أجتهد رأيي ولا آلو . فضرب رسول الله صدره وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله . ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن رسول الله أقر معاذاً على أنه يجتهد رأيه إذا لم يجد نصاً يقضي به في الكتاب والسنة . والاجتهاد بذل الجهد للوصول إلى الحكم ، وهو بهذا الإطلاق يشمل القياس لأنه نوع من الاجتهاد والاستدلال ، والرسول لم يقره على نوع من الاستدلال دون نوع .

والثاني ما ثبت في صحاح السنة من أن رسول الله في كثير من الوقائع التي عرضت عليه ولم يوح إليه بحكمها ، استدل عـلى حكمها بطريق القياس ، وفعل الرسول في هذا الأمر العام تشريع لأمته ، ولم يقم دليل على اختصاصه به ؛ فالقياس فيما لا نص فيه من سنن الرسول ولأمته فيه أسوة . فالقائسون يقتدون برسول الله .

ورد أن جارية خثعمية قالت : يا رسول الله إن أبي أدركته فريضة الحج شيخاً زَمِناً لا يستطيع أن يحج ، إن حججت عنه أينفعه ذلك ؟ فقال لها : أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته أكان ينفعه ذلك ؟ قالت نعم ، قال : فدين الله أحق بالقضاء .

وورد أن عمر سأل الرسول عن قبلة الصائم من غير إنزال ، فقال له الرسول : أرأيت لو تمضمضت من الماء وأنت صائم ؟ قال عمر : قلت لا بأس بذلك ، قال فَمَهْ [1] .

وورد أن رجلا من فزارة أنكر ولده لما جاءت به امرأته أسود ، فقال له الرسول هل لك من إبل ؟ قال : نعم ، قال : ما ألوانها ؟ قال : حمر ،

---

١ - مه ؛ اسم فعل أمر بمعنى كف ، أي حسبك هذا ؛ وعلى هذا النحو قاس الرسول على المضمضة بالماء القبلة بغير إنزال .

قال : هل فيها من أورق [1] قال : نعم ،قال: فمن أين؟ قال : لعله نزعة عرق . قال : وهذا لعله نزعة عرق . وفي الجزء الأول من اعلام الموقعين أمثلة كثيرة لأقيسة الرسول .

٣ — وأما أفعال الصحابة وأقوالهم فهي ناطقة بأن القياس حجة شرعية. فقد كانوا يجتهدون في الوقائع التي لا نص فيها ، ويقيسون بعض الأحكام على بعض . ويعتبرون النظير بنظيره . قاسوا الخلافة على إمامة الصلاة وبايعوا أبا بكر بها . وبينوا أساس القياس بقولهم : رضيه رسول الله لديننا ، أفلا نرضاه لدنيانا ؟ وقاسوا خليفة الرسول على الرسول فحاربوا مانعي الزكاة الذين منعوها استناداً إلى أنها كان يأخذها الرسول ، لأن صلاته سكن لهم لقوله عز شأنه : « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصلِ عليهم إن صلاتك سكن لهم » وقال عمر بن الخطاب في عهده إلى أبي موسى الأشعري :« ثم الفهم الفهم فيما أدلى إليك مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة ، ثم قايس بين الأمور عند ذلك ، واعرف الأمثال ثم اعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق » .وقال علي بن أبي طالب. « يعرف الحق بالمقايسة عند ذوي الألباب». ولما سمع ابن عباس نهي الرسول عن بيع الطعام قبل أن يقبض ، قال لا أحسب كل شيء إلا مثله . وقد نقل ابن القيم في الجزء الثاني من أعلام الموقعين عدة فتاوي لأصحاب رسول الله أفتوا فيها باجتهادهم وكان مدار اجتهادهم على القياس ، وما أنكر الرسول في حياته على من اجتهد من صحابته ، وما أنكر بعض الصحابة على بعض اجتهاده بالرأي وقياس الأشباه بالأشباه ، فإنكار حجية القياس تخطئه لما سار عليه الصحابة في اجتهادهم ، وقرروه بأفعالهم وأقوالهم .

٤ — وأما المعقول فأظهر أدلتهم منه ثلاثة .

أولها أن الله سبحانه ما شرع حكماً إلا لمصلحة ، وأن مصالح العباد هي الغاية المقصودة من تشريع الأحكام ، فإذا ساوت الواقعة المسكوت عنها

(١) الأورق من الابل : الاسود غير الحالك بل يميل الى الغبرة .

الواقعة المنصوص عليها في علة الحكم ، التي هي مظنة المصلحة ، قضت الحكمة والعدالة أن تساويها في الحكم تحقيقاً للمصلحة التي هي مقصود الشارع من التشريع . ولا يتفق وعدل الله وحكمته أن يحرم الخمر لإسكارها محافظة على عقول عباده ، ويبيح نبيذاً آخر فيه خاصية الخمر . وهي الإسكار . لأن مآل هذا المحافظة على العقول من مسكر وتركها عرضة للذهاب بمسكر آخر .

وثانيها أن نصوص القرآن والسنة محدودة ومتناهية ووقائع الناس وأقضيتهم غير محدودة ولا متناهية ، فلا يمكن أن تكون النصوص المتناهية وحدها مصادر تشريعية لما لا يتناهى ، والقياس هو المصدر التشريعي الذي يساير الوقائع المتجددة ، ويكشف حكم الشريعة فيما يقع من الحوادث . ويوفق بين التشريع والمصالح .

وثالثها أن القياس دليل تؤيده الفطرة السليمة والمنطق الصحيح ، ويبني عليه العقلاء أحكامهم ؛ فمن نهي عن شراب لأنه سام يقيس بهذا الشراب كل سام ، ومن حرم عليه تصرف لأن فيه اعتداء وظلماً لغيره يقيس بهذا كل تصرف فيه اعتداء وظلم لغيره ، ولا يعرف بين الناس اختلاف في أن ما جرى على أحد المثلين يجري على الآخر . وأن التفريق في الحكم بين المتساويين في أساسه ظلم .

أدلة نفاة القياس الذين لا يحتجون به :

استدل نفاة القياس على أنه ليس حجة شرعية بعدة آيات من القرآن ، وببعض أحاديث للرسول ، وبعض أقوال الصحابة ، وبالمعقول ، وكأنهم قصدوا أن يعارضوا كل دليل للمثبتين بدليل من نوعه .

١ ــ استدلوا من القرآن الكريم بالآيات الآتية :

(ا) بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقدموا بين يدي الله ورسوله »

ووجه استدلالهم بها أن الآية نهت المؤمنين عن أن يتقدموا الله ورسوله بحكم في واقعة أو بأي أمر . والقياس تقدم بين يدي الله ورسوله بحكم في واقعة ما حكما فيها ؛ وهذه الآية لا تدل على ما ذهبوا إليه بطريق من الطرق ؛ سواء أكان المراد من « لا تقدموا » لا تتقدموا أم لا تقدموا أي أمر ، لأن القياس ليس فيه تقدم ولا تقديم بين يدي الله ورسوله بل فيه متابعة لله ورسوله وسير وراءهما وحكم بما حكما به في واقعة مسكوت عنها ، فالآية نهت المؤمنين عن أن يسبقوا الله ورسوله في أي شيء ، والقياس لا سبق فيه بل هو متابعة واقتداء ما حكم به الله ورسوله . والقياس لا يكون إلا حيث لا نص من الله ورسوله على حكم . فكيف يكون تقدماً أمام الله ورسوله .

(ب) بقوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » وسائر الآيات التي توعدت من لم يحكم بما أنزل الله . ووجه استدلالهم بها أن القياس حكم بما لم ينزل الله .

وهذه الآيات لا تدل على ما ذهبوا إليه لأن المراد بها أن يكون الحكم بما أنزل الله من أحكام دلت عليه النصوص ، ومن أحكام استنبطت بطريق من الطرق التي أرشد الله إليها في كتابه ، فمن حكم بحكم النص فقد حكم بما أنزل الله ، ومن حكم بحكم دلت عليه طرق الاجتهاد الشرعية فقد حكم بما أنزل الله . ومنها الإجماع ومنها القياس ، لأن الله أمر بطاعة أولي الأمر ، وأمر برد المتنازع فيه إلى المنصوص عليه . فالقياس يكشف ويُظْهِرُ حكم الله في الواقعة المسكوت عنها ، والحكم الذي يكشفه في الفرع هو حكم الله في الأصل وقد أنزله الله في قوله : « فردوه إلى الله » .

(جـ) بقوله تعالى : « ما فرطنا في الكتاب من شيء » . وقوله سبحانه : « ولا رطب ولا يابس إلا في كتاب مبين » وقوله : « ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء » . ووجه استدلالهم بهذه الآيات أن القرآن فيه بيان كل حكم ولا حاجة معه إلى التشريع بالقياس ؛ لأنه إذا دل القياس على نفس

ما دل عليه القرآن فلا حاجة إليه وإذا دل على خلافه فهو مردود .

وهذه الآيات لا دلالة لها على ما ذهبوا اليه ، أما قوله سبحانه : « ما فرطنا في الكتاب من شيء » فليس المراد بالكتاب فيها القرآن ، بل المراد كتاب علمه سبحانه وإحصائه بدليل سياقها وهو قوله عز شأنه : « وما من دابة في الأرض ولا طائر يطير بجناحيه إلا أمم أمثالكم ما فرطنا في الكتاب من شيء » ، وكذلك قوله تعالى : « ولا رطب ولا يابس إلا في كتاب مبين » ليس الكتاب فيها القرآن ، بل كتاب العلم الإلهي وإحاطته وإحصائه بدليل سياقها ، وهو قوله تعالى : « وعنده مفاتح الغيب لا يعلمها إلا هو ويعلم ما في البر والبحر . وما تسقط من ورقة إلا يعلمها ولا حبة في ظلمات الأرض ولا رطب ولا يابس إلا في كتاب مبين » .

فالكتاب في هاتين الآيتين هو كتاب علم الله وإحاطته ، وهو المذكور في قوله سبحانه : « وما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها ويعلم مستقرها ومستودعها كل في كتاب مبين » .

وأما قوله تعالى : « ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء » فالمراد أنه تبيان لكل شيء بالمجموعة التي اشتمل عليها من أحكام ومبادىء تشريعية عامة وطرق استنباط أرشد إليها ، أي أنه بواسطة هذه المجموعة يمكن التوصل إلى كل حكم ، إما من النص ، وإما من القواعد العامة ، وإما بالاستنباط برده إلى الله ورسوله ، وليس المراد بأنه تبيان لكل شيء أنه نص على حكم كل واقعة حدثت أو تحدث ، لأن هذا غير مطابق للواقع .

(د) بقوله تعالى : « ولا تقف ما ليس لك به علم » أي لا تتبع ما لا تعلم ، ووجه استدلالهم بهذه الآية ، أن الله نهى رسوله عن أن يتبع ما لا يعلم ، والقياس ظني الدلالة على حكم الفرع والعمل بحكمه اتباع لما ليس للمتبع به علم .

وهذه الآية لا دلالة فيها على مذهبهم ، لأن الآية في موضوع الأحكام

الاعتقادية . وجميع الآيات التي نهت عن اتباع الظن وقررت أن الظن لا يغني من الحق شيئاً هي في الاعتقاد ، لأن العقيدة لا تبنى إلا على العلم . وأما الأحكام الشرعية العملية ؛ فمن المتفق عليه أنه يكفي أن تبنى على الظن الراجح لأنه لو لزم بناؤها على العلم والقطع لتوقفت أعمال الناس ونالهم الحرج . فأكثر النصوص الشرعية ظنية الدلالة ولا تفيد إلا الظن ، والاتجاه إلى الكعبة في الصلاة بالتحري وهو لا يفيد إلا الظن . والشهادة أو اليمين يقضى بهما ولا يفيد أحدهما إلا الظن .

٢ – واستدلوا من السنة بحديث رواه ابن حزم في رسالته الكبرى عن أبي هريرة وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « تعمل هذه الأمة برهة بالكتاب ، وبرهة بالسنة ، وبرهة بالقياس ، فإذا فعلوا ذلك فقد ضلوا » .

ووجه استدلالهم أنهم فهموه هكذا : تعمل هذه الأمة مرة بالكتاب إذا وجد ، ومرة بالسنة إذ لم يوجد كتاب . ومرة بالقياس إذا لم يوجد كتاب ولا سنة . فإذا فعلوا ذلك ، أي عملوا بالقياس حيث لا كتاب ولا سنة فقد ضلوا . ولا يمكن استدلالهم به إلا بهذا التعسف في فهمه . وهذا الحديث ليس دليلا على ما ذهبوا إليه لأمرين .

أولا : أنه من جهة سنده غير مقبول . وقد قال ابن السبكي « هو لا تقوم به الحجة لأن بعض رواته كذبه ابن معين » .

وثانياً : أنه على فرض صحته فإن معناه المتبادر منه غير ما فهموه . فإن المعنى الظاهر المتبادر فهمه منه : تعمل هذه الأمة برهة بالكتاب وحده ولا يحتجون بسنة ولا بقياس ، وبرهة بالسنة فيعملون بما تقضي بها ويتأولون نصوص الكتاب . وبرهة بالقياس فيعملون به ويتأولون نصوص الكتاب أو السنة إن خالفته ، فإذا فعلوا ذلك فقد ضلوا . وهذا معنى حق ، وتاريخ التشريع الإسلامي يؤيده ، وبهذا يكون الحديث دليلا على حجية القياس لأنه ذكره مع الكتاب والسنة في بيان ما يعمل به وترتيب الاستدلال .

٣ - واستدلوا من أقوال الصحابة بما أثر عن كثير منهم من استنكار الحكم بالرأي والنعي على من أفتوا منهم بالرأي . من ذلك قول أبي بكر : « أي سماء تظلني وأي أرض تقلني إذا قلت في كتاب الله برأيي » وقول عمر : « إياكم وأصحاب الرأي فإنهم أعداء السنن ، أعيتهم الأحاديث أن يحفظوها فقالوا بالرأي فضلوا وأضلوا » . وقوله : « إياكم والمكايلة ، قيل وما المكايلة ؟ قال المقايسة » وقول علي : « لو كان الدين يؤخذ بالرأي لكان باطن الخف أولى بالمسح من ظاهره » وقول ابن عباس : إن الله تعالى قال لنبيه : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » ولم يقل بما رأيت . ولو جعل لأحد أن يحكم برأيه لجعل ذلك لرسوله . وقول ابن عمر : « السنة ما سنه رسول الله صلى الله عليه وسلم . لا تجعلوا الرأي سنة » وقوله : « إن قوماً يفتون بآرائهم لو نزل القرآن لنزل بخلاف ما يفتون » وقوله : « اتهموا الرأي على الدين فإنه منا تكلف وظن وإن الظن لا يغني من الحق شيئاً » وقول ابن مسعود : « إذا قلتم في دينكم بالقياس أحللتم كثيراً مما حرمه الله وحرمتم كثيراً مما حلله الله » إلى غير ذلك مما أثر عن الصحابة والتابعين من من ذم الرأي والإنكار على الرأيين . وهذه الأقوال ، إذا صحت روايتها عن قائليها ،لا بد أن تفهم على وجه يكون فيه توفيق بينها وبين أقوال الصحابة الأخرى وأفعالهم . وتوفيق بينها وبين إقرار الرسول لمعاذ بن جبل حين قال : إن لم أجد في كتاب الله ولا في سنة رسوله ما أقضي به ، أجتهد رأيي ولا آلو . فإنه مما لا يعرف فيه خلاف أن بعض الصحابة في عهد الرسول اجتهدوا في تعرف أحكام بعض الوقائع التي نزلت بهم وأقرهم الرسول على اجتهادهم . وانه صلى الله عليه وسلم قال لعمرو بن العاص حين عهد إليه أن يفصل في قضية معروضة . اجتهد ، إن أصبت فلك أجران . وإن أخطأت فلك أجر . وأنه أقر معاذاً على أن يجتهد رأيه ، وأن الصحابة بعد الرسول اجتهدوا رأيهم في عدة وقائع لا نص فيها واستنبطوا فيها أحكاماً باجتهادهم وخالف بعضهم بعضاً في استنباطه . فقد اختلفوا في توريث الإخوة مع الجد .

وفي توريث ذوي الأرحام . وفي الرد على أصحاب الفروض . وفي نفقة المبتوتة . وفي وقائع كثيرة ، وكانت احكامهم اجتهاداً بآرائهم . ومن جادل في أن الصحابة اجتهدوا رأيهم في وقائع لا نص فيها . واستنبطوا كثيرا من الأحكام بهذا الاجتهاد. فهو مجادل بالباطل ومنكر للمتواتر . واذاً فلا يمكن أن يتناقض هؤلاء الاجلاء ويقولوا غير ما يفعلون ، ولا بد من أنهم أرادوا ، بما أثر عنهم من ذم الرأي والإنكار على الرأيين ، الرأي الصادر عن هوى ، والمقصود به مصالح خاصة ، والرأي الذي يتأول به نص في كتاب الله أو سنة رسوله ، والرأي الذي يهدم مبدءاً شرعياً قررته النصوص، والرأي الذي هو مكايلة ومقايسة بالمجازفة ، ويرجح هذا كلمة ابن مسعود « إذا قلتم في دينكم بالقياس أحللتم كثيراً مما حرمه الله وحرمتم كثيراً مما حلله » فإن هذا صريح في أنه قول بالقياس حيث يثبت لله تحريم أو تحليل . وهذا قياس باطل ؛ لأن القياس إنما يصح حيث لا يكون للشارع نص على حكم . وابن القيم في أعلام الموقعين قسم الرأي إلى ثلاثة أقسام وبين ما هو منها موضع الذم وما هو منها مقبول محمود. فليراجعه من أراد المزيد .

٤ - واستدلوا من المعقول بعدة أدلة .

منها أن القياس طريق اجتهادي يؤدي إلى الخلاف والمنازعة والتناقض في الأحكام لأنه مبني على استنباط علة الحكم في الأصل ، وهذا مما تختلف فيه الأنظار وتتفاوت في فهمه العقول ، فهو لا محالة سبيل الاختلاف والتناقض ، واستقراء أحكام القياسيين أوضح، دليل على هذا، فالقياس وسع مسافة الخلف بينهم وأدى إلى أن الواقعة الواحدة فيها حكمان شرعيان متناقضان . فالعقد صحيح في مذهب وباطل في مذهب آخر ، والمرأة يحل الزواج بها في مذهب ويحرم الزواج بها في آخر - والجواب عن هذا أن اختلاف الأئمة المجتهدين في الأحكام الجزئية الفرعية بناء على القياس لا يؤدي إلى مفسدة ، لأنه اختلاف فرعي جزئي عملي لا في أصل الدين ولا في عقيدة من عقائده ، وقد وردت عدة آثار يؤيد بعضها بعضاً صريحة في أن هذا الاختلاف فيه

رحمة بالأمة ؛ لأنه مبني على تقدير المصالح وتفاوت العقول في فهمها . وان كان دليل يؤدي الاستدلال بـه الى اختلاف لايحتج به لكانت جميع النصوص الشرعية الظنية للدلالة في القرآن والسنة غير حجة ؛ لأن تفاوت العقول في فهمها يؤدي حتماً إلى الاختلاف فيما يستنبط منها .

ومنها أن القياس أساسه الظن بأن علة حكم الأصل هي هذا الوصف ، وما يفيده هو الظن بأن حكم الفرع هو كذا ، والله سبحانه نعى على من يتبعون الظن ونهى رسوله على أن يتبع ما ليس له به علم . وقد قدمنا في رد استدلالهم بقوله تعالى : « ولا تقف ما ليس لك به علم » ما يككفي في الرد عليه ، فإنه من المتفق عليه الاحتجاج بالنصوص الظنية الدلالة ، وهي لا تفيد إلا الظن ، وبخبر الواحد وهو لا يفيد إلا الظن ، ومن المتفق عليه أن العبادات والمعاملات والقضاء والشهادة يكفي فيها الظن ، ولا يلزم بناء الأحكام العملية على العلم . ومن قرأ الآيات التي نهت عن اتباع الظن ونعت على من اتبعوه ، يتبين من سياقها أنها في الايمان والأحكام الاعتقادية .

ومنها ما قرره النظام من أن أحكام الشريعة الاسلامية فيها تفريق بين المتماثلات ، وجمع بين المختلفات ، فلا يمكن أن يكون القياس دليلا على الأحكام في هذه الشريعة ، لأن مدار القياس على التسوية بين المتماثلات والتفريق بين المختلفات . وساق عدة أمثلة من الأحكام الشرعية التي فيها تفريق بين المتماثلات . منها أنه أسقط عن الحائض في مدة حيضها الصلاة والصوم ثم كلفها أن تقضي الصوم دون الصلاة . ومنها أنه قطع يد سارق القليل ولم يقطع يد غاصب الكثير ، ومنها أنه أوجب جلد القاذف بالزنا دون القاذف بالكفر . ومنها أنه قبل في القتل شاهدين . ولم يقبل في الزنا إلا أربعة شهداء ، وساق أيضاً عدة أمثلة مما فيها جمع بين المختلفات ؛ منها أنه جعل التراب طهوراً كالماء مع أن الماء منظف والتراب مشوه ؛ ومنها أنه سوى بين الردة والزنا في إيجاب القتل .

والجواب عن هذا أن النظام لم ينظر إلى الوقائع من جميع نواحيها .

ففي المتماثلات نظر إلى نواحي التماثل فقط وغض بصره عما تختلف فيه من نواح اخرى، وفي المختلفات نظر الى نواحي التخالف فقط وغض بصره عما تتماثل فيه من نواح أخرى. وكل إنسان يماثل أي فرد من أفراد نوعه في أنه إنسان ويخالفه في نواح أخرى، فقد يتفقان في حكم بالنظر إلى تماثلهما في الانسانية ويختلفان في حكم بالنظر إلى تخالفهما بالذكورة والأنوثة أو الرشد والسفه أو غير ذلك. وكل مثال من الأمثلة التي ساقها في المتماثلات فيه نواح من نواحي التخالف بني عليه اختلاف الحكم، وكل مثال من الأمثلة التي ساقها في المختلفات فيها نواح من نواحي التماثل بني عليه اتفاق الحكم، وابن القيم في اعلام الموقعين بعد أن أورد الأمثلة التي ساقها النظام زاد عليها أمثلة أخرى وأجاب عنها مبيناً حكمة الشارع في التفريق بين ما تماثلت ظاهراً، وفي الجمع بين ما افترقت ظاهراً، وفصل هذه الحكمة في كل جزئية تفصيلا يقنع كل منصف بحكمة الشارع وعدالته، وبأن النظام أدرك شيئاً وغابت عنه أشياء.

رد شبههم:

وأنقل هنا بعض الفصول التي كتبها ابن القيم وبين فيها حكمة الشريعة فيما زعموه تناقضاً في الأحكام وتفريقاً بين المتساويات، وجمعاً بين المختلفات. وهذه بعض فصول فيما زعموه تفريقاً بين المتساويات. قال:

وأما إيجاب حد القذف على من قذف غيره بالزنا دون من قذف بالكفر ففي غاية المناسبة، فإن القاذف غيره بالزنا لا سبيل للناس إلى العلم بكذبه فجعل حده تكذيباً له وتبرئة لعرض المقذوف وتعظيماً لشأن هذه الفاحشة التي يحد بالجلد من قذف بها بريئاً — وأما من رمى غيره بالكفر فإن شاهد حال المسلم واطلاع المسلمين عليها كاف في تكذيبه، ولا يلحقه من العار برميه بالكفر ما يلحقه بطعنه في عرضه ورميه بالفاحشة، ولا سيما إن كان المقذوف امرأة فإن العار والمعرة التي تلحقها بها القذف بين أهلها،

وتشعب ظنون الناس فيها ، وكونهم بين مصدق ومكذب ، لا يلحقها مثله بالرمي والكفر .

* * *

وأما اكتفاؤه في القتل بشاهدين دون الزنا فلا يثبت إلا بأربعة شهداء ففي غاية الحكمة والمصلحة لأن الشارع احتاط للقصاص والدماء ، واحتاط لحد الزنا ، فلو لم يقبل في القتل إلا أربعة شهداء لتجرأ المعتدون على القتل وضاعت أكثر الدماء . وأما الزنا فإنه بالغ في ستره ، كما قدر الله ستره ، فاجتمع على ستره شرع الله وقدره ، فلم يقبل فيه إلا شهادة أربعة يشهد كل واحد منهم بما رأى شهادة ينتفي معها الاحتمال ، وكذلك في الإقرار به لم يكتف بأقل من أربع مرات حرصاً على ستر ما قدر الله ستره وكره إظهاره والتكلم به وتوعد من يحب إشاعته في المؤمنين بالعذاب الأليم في الدنيا والآخرة !

* * *

وأما إيجاب الشارع الزكاة في السوائم من الإبل والبقر والغنم دون العوامل منها فللعلماء في المسألة قولان : فقال مالك في الموطأ : النواضح [1] ، والبقر السواني ، وبقر الحرث ، إني أرى أن تؤخذ من ذلك كله الزكاة — قال ابن عبد البر : وهذا قول الليث بن سعد ولا أعلم أحداً قال به من فقهاء الأمصار ، وقال الثوري وأبو حنيفة والشافعي وأحمد والأوزاعي لا زكاة في البقر العوامل ولا في الإبل العوامل وإنما الزكاة في السائمة منها ، وحجة هؤلاء من الأثر حديث « ليس في الإبل العوامل صدقة وليس في البقر العوامل صدقة » . وأما من النظر فإن المال المعد لنفع صاحبه كثياب لبسه ودار سكناه ودابة ركوبه وكتب دراسته فهو من حاجته وليس فيه زكاة ولهذا

---

١ – الإبل النواضح التي يستقى عليها الماء والسواني هي النواضح .

لا تجب الزكاة في حلي المرأة التي تلبسها وتعيرها وقيس على هذا بقر حرثه وإبله العاملة . والفرق بينها وبين السائمة ظاهر فإن العاملة ليست للنماء اذ هي معروفة عن النماء بالعمل واما السائمة فهي للنماء ولا يتكلف مالكها مؤونتها .

* * *

وأما قطع يد السارق وترك قطع يد المختلس والمنتهب والغاصب فمن تمام حكمة الشارع فإن السارق لا يمكن الاحتراز منه فإنه ينقب الدور ويهتك الحرز ويكسر القفل ولا يستطيع صاحب المال الاحتراز لحفظ ماله بأكثر من ذلك . فلو لم يشرع قطعه لكثرت السرقة وعظم الضرر واشتدت المحنة بالسرقة . بخلاف المنتهب والمختلس فإن المنتهب يأخذ المال جهرة بمرأى من الناس فيمكنهم أن يأخذوا على يديه ويخلصوا حق المظلوم أو يشهدوا أمام القضاء على اعتدائه .وأما المختلس فإنه إنما يأخذ المال على حين غفلة من مالكه وبن الناس فلا يخلو الحال من نوع تقصير يمكن المختلس من اختلاسه ، ومع كمال التحفظ والتيقظ لا يمكن الاختلاس ، فالمختلس ليس كالسارق بل هو بالخائن أشبه . وأيضاً المختلس إنما يأخذ المال من غير حرز مثله غالباً فإنه هو الذي يغافل ويختلس مال الانسان في حال تخليه عنه وغفلته عن حفظه ، وهذا لا يمكن الاحتراز منه غالباً فهو كالمنتهب ، وأما الغاصب فالأمر فيه ظاهر وهو أولى بعدم القطع من المنتهب ، ولكن هؤلاء جميعاً يكف عدوانهم بالضرب والنكال والسجن الطويل .

* * *

وهذه بعض فصول فيما زعموه جمعاً بين المختلفات . قال :

وأما القول بأن الشريعة جمعت بين المختلفات كما جمعت بين الخطأ والعمد في ضمان الأموال فإنه ليس من المنكر في العقول والفطر والشرائع والعادات اشتراك المختلفات في حكم واحد باعتبار اشتراكها في سبب ذلك الحكم . وعلى هذا فالخطأ والعمد اشتركا في الاتلاف الذي هو علة الضمان

وإن اختلفا في علة الاثم . وربط الضمان بالإتلاف من باب ربط الأحكام بأسبابها وهو مقتضى العدل الذي لا تتم المصلحة إلا به ، كما أوجب على القاتل خطأ دية القتيل ولذلك يضمن الصبي والمجنون والنائم ما أتلفوه من الأموال ، وهذا من الشرائع العامة التي لا تتم مصالح الأمة إلا بها ، فلو لم يضمن الناس جنايات أيديهم لأتلف بعضهم أموال بعض وادعى الخطأ وعدم القصد وهذا بخلاف أحكام الإثم والعقوبات فإنها تابعة للمخالفة وكسب العبد معصيته . فلهذا فرقت الشريعة فيها بين العامد والخاطئ . فالحنث في اليمين والبر فيه والطاعة للأمر وعصيانه تفترق الحال فيها بين العامد والخاطئ .

وأما جمعها بين المكلف وغيره في إيجاب الزكاة عليهما فهذه مسألة اجتهادية وليس عن صاحب الشرع نص بالتسوية ولا بعدمها ، والذين سووا بين المكلف وغيره في إيجاب الزكاة في أموالهما رأوا أن الزكاة من حقوق الأموال التي جعل الله الأموال سبباً لوجوبها وهي حق للفقراء في هذه الأموال سواء كان مالكها مكلفاً أم غير مكلف ، وكما جعل في ماله حق الانفاق على بهائمه ورقيقه وأقاربه ، كذلك جعل في ماله حق المعونة للفقراء والمساكين .

* * *

وأما جمع الشريعة بين الميتة وبين الذبيحة التي يذبحها المشرك أو المجوسي في التحريم ، وبين ميتة الصيد والصيد الذي ذبحه المحرم . فكأن السائل رأى أن السبب في تحريم الميتة هو احتقان دمها فيها وأن ما ذبحه المشرك أو المحرم لم يحتقن دمه فلا سبب لتحريمه ، وهذا غلط وجهل سببه توهم أن علة التحريم منحصرة في احتقان الدم ، والحقيقة أن علل التحريم متعددة ولا يلزم من انتفاء بعضها انتفاء الحكم ، لأنه قد يوجد الحكم لوجود علة أخرى وهذا أمر مطرد في الأسباب والعلل العقلية فما الذي ينكر منه في الشرع ؟

ثم بين أن ذبيحة المشرك سبب تحريمها إشراك ذابحها وأنه مظنة أن يقصد بها غير الله فتكون مما أهل لغير الله به . وأن صيد المحرم إذا

ذبحه يحرم لأن المقصود تأمين الصيد ومنع المحرم أن يصطاد، فإذا عرف ما صاده وذبحه لا يحل له أكله كف عن الصيد.

* * *

وأما جمع الشريعة بين الماء والتراب في التطهير فلله ما أحسنه من جمع! وقد عقد الله سبحانه الإخاء بين الماء والتراب قدراً وشرعاً فجمعهما وخلق منهما آدم وذريته. وجمعهما وجعل منهما حياة كل حيوان. وأخرج منهما أقوات الدواب والناس والأنعام، وكانا أعم الأشياء وجوداً وأسهلها تناولاً. وفي حلول المس بالتراب محل الغسل بالماء عند عدم وجوده رفع الحرج وتأهب للصلاة بما يتيسر لكل إنسان [1].

---

١ - اقرأ مبحث القياس وحجيته في الجزء الثاني من كتاب اعلام الموقعين لابن القيم المتوفي سنة ٧٥١ هـ وهو مطبوع عدة طبعات ويباع في أكثر المكتبات.

في أساس القياس

وهو تعليل حكم النص

- التعليل .
- الفرق بين علة الحكم وحكمته وسببه
- شروط العلة التي يبنى عليها القياس .
- تقسيمات للعلة من وجوه علة.
- المسالك التي يتوصل بها إلى معرفة العلة .

التعليل :

المراد بتعليل حكم النص تبيين الأساس الذي شرع الشارع حكمه بالنص بناء عليه ، ذلك لأن جمهور المسلمين متفقون على أن أحكام الشارع لم تشرع اتفاقا أي لغير أسباب اقتضتها ومصالح قصدت بها ، ولم تشرع تحكما أي لمجرد إخضاع المكلفين لسلطان القوانين ، وإنما شرعت لأسباب اقتضت تشريعها ومقاصد قصد الشارع إلى تحقيقها ، فالشارع ما حرم ما حرمه من طعام وشراب وعقود ومعاملات لمجرد التضييق على الناس ومصادرة حرياتهم وكذلك ما أوجب ما أوجبه من عبادات وصدقات وغيرها لمجرد إرهاق الناس وتحميلهم المشقات ، وإنما شرع ما شرعه لتحقيق مصالح عباده بدفع الضرر والحرج عنهم ، وجلب النفع لهم ، وتنظيم علاقتهم بالله سبحانه ،

وتنظيم علاقة بعضهم ببعض . وقد أشار الشارع إلى هذا بما بينه من مقاصده في بعض ما شرعه فقال سبحانه في فرض الصلاة : « إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر » وقال في فرض الزكاة « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها » وقال في فرض الصيام « لعلكم تتقون » وقال في فرض الحج « ليشهدوا منافع لهم » وقال في إيجاب القصاص « ولكم في القصاص حياة » وقال في تحريم الخمر والميسر والأنصاب والأزلام « رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه » « إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر » . وقال في الترخيص في الفطر لمن كان في رمضان مريضاً أو على سفر « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » وقال في الترخيص بالتيمم لمن لم يجد الماء « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم ويتم نعمته عليكم » وقال في إعطاء نصيب من الفيء للفقراء والمساكين « كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم » .

وكما أشار القرآن في آياته التشريعية إلى مقاصد التشريع أشارت السنة أيضاً في سنتها التشريعية إلى مقاصد التشريع ؛ فلما نهى الرسول عن بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه قال : « أرأيت إذا منع الله الثمر بم يأخذ أحدكم مال أخيه » ولما نهى عن الجمع بين البنت وعمتها والبنت وخالتها قال : « إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » ولما أمر الشباب بالتزوج قال : « فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج » وقال : « من أم بالناس فليخفف فإن فيهم المريض والضعيف وذا الحاجة » فلا ريب في أن الأحكام التي دلت عليها النصوص مقصود بها مصالح الناس أفراداً وجماعات ، ولا ريب في أن هذه المصالح هي جلب النفع ، أو دفع الضرر . أو رفع الحرج .

وقد لوحظ أن نصوص التشريع في الكثير الغالب لا تربط الحكم بنفس المصلحة المقصودة منه ولكن تربطه بأمر ظاهر من شأن ربطه به تحقيق تلك المصلحة فالله سبحانه ما ربط إباحة الفطر في رمضان بدفع المشقة وإنما ربطه بالسفر أو المرض ، لأن ربط الإباحة بالسفر أو المرض من شأنه أن يدفع

المشقة . والرسول ما ربط المنع من الإرث بقصد الوارث السوء بمورثه واستعجال إرثه قبل أوانه وإنما ربطه بقتله ، لأن ربط المنع بالقتل من شأنه أن يردع الوارث عن القتل ويدفع عن المورث الضرر ، وقد اصطلح الأصوليون على تسمية المصلحة المقصودة من تشريع الحكم : حِكْمة الحكم ومَئِنَّته[1] واصطلحوا على تسمية الأمر الظاهر الذي ربط الحكم به لأن من شأن ربطه به أن يحقق حكمته : علة الحكم ومناط الحكم ومَظِنَّته . أي ما نيط به الحكم وربطه به ويظن تحقيق الحكمة بربطه به .

فعلة الحكم أو مناط الحكم في اصطلاح الأصوليين هي وصف في الأصل بنى عليه حكمه ويعرف به وجوده في الفرع ؛ فالإسكار وصف في الخمر بنى عليه حكمه وهو تحريم شربه ويعرف به وجود التحريم في كل نبيذ مسكر وهو مظنة تحقيق الحكمة لأن ربط التحريم بالإسكار يردع عن شرب المسكر فيندفع الضرر عن العقول .

الفرق بين علة الحكم وحكمته وسببه :

فالفرق بين حكمة الحكم وعلته أن حكمة الحكم هي المصلحة المقصودة للشارع من تشريع الحكم فهي ما قصد إليه الشارع من جلب نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج ، وأما علة الحكم فهي الأمر الظاهر الذي ربط به الشارع الحكم وبناه عليه لأن من شأن ربطه به وبنائه عليه تحقيق حكمة الحكم ، فحكمة إباحة الفطر في رمضان لمن كان مريضاً أو على سفر رفع الحرج، وعلتها السفر أو المرض ... وحكمة استحقاق الشفعة للشريك أو الجار دفع الضرر . وعلته الشركة أو الجوار . وحكمة نقل الملكية بعقود المعاوضات رفع الحرج وسد حاجات الناس ، وعلته صيغ العقود، أي الإيجاب والقبول . وحكمة

---

١ – أي حقيقة ما قصد منه مشتقة من إنه كذا .

إيجاب القصاص من القاتل عمداً وعدواناً حفظ حياة الناس ، وعلته القتل العمد والعدوان . وضبطاً للتكليف تدور الأحكام وجوداً وعدماً مع عللها لا مع حكمها .

وبعض الأصوليين فرقوا بين علة الحكم وسببه بأن الأمر الظاهر الذي ربط الحكم به لأن من شأن ربطه به تحقيق حكمة الحكم إن كان يعقل وجه كونه مظنة لتحقيق الحكمة يسمى علة الحكم وإن كان لا يعقل وجه هذا الارتباط يسمى سبب الحكم ، فشهود شهر رمضان سبب لإيجاب صومه لا علة له لأن العقل لا يدرك وجه كون هذا الشهر دون سواه مظنة لتحقيق الحكمة من إيجاب الصوم ، ودلوك الشمس أي زوالها أو غروبها سبب لإيجاب إقامة الصلاة لا علة له لأن العقل لا يدرك وجه كون هذا الوقت دون غيره مظنة لتحقيق الحكمة من إيجاب إقامة الصلاة . فكل علة سبب وليس كل سبب علة . وبعض الأصوليين لم يفرقوا بين لفظي العلة والسبب وكل علة تسمى سبباً وكل سبب يسمى علة .

شروط العلة التي يبنى عليها القياس :

أولها : أن تكون وصفاً ظاهراً ، ومعنى ظهوره أن يكون محساً يدرك بحاسة من الحواس الظاهرة لأن العلة هي التي يعرف وجود الحكم في الفرع بوجودها ، فلا بد أن تكون أمراً ظاهراً يدرك بالحس في الأصل ويتحقق بالحس من وجوده في الفرع ؛ كالإسكار الذي يدرك بالحس في الخمر ويتحقق بالحس من وجوده في نبيذ آخر مسكر . والقدر مع اتحاد الجنس الذي يدرك بالحس في الأموال الربوية الستة ويتحقق بالحس من وجودهما في مال آخر .

فلا يصح التعليل بأمر خفي لا يدرك بحاسة ظاهرة لأنه لا يمكن التحقق من وجوده ولا عدمه فلا يعلل ثبوت النسب بحصول نطفة الزوج في رحم

زوجته بل بمظنته الظاهرة وهي عقد الزواج الصحيح ، ولا يعلل نقل الملكية في البدلين بتراضي المتبايعين بل بمظنته الظاهرة وهي الإيجاب والقبول . ولا يعلل بلوغ الرشد بكمال العقل بل بمظنته الظاهرة وهي بلوغ ٢١ سنة .

وثانيها : أن تكون وصفاً منضبطاً ؛ ومعنى انضباطه أن تكون له حقيقة معينة محدودة يمكن التحقق من وجودها في الفرع بحدها أو بتفاوت يسير . لأن أساس القياس تساوي الفرع والأصل في علة حكم الأصل ، وهذا التساوي يستلزم أن تكون العلة مضبوطة محدودة حتى يمكن الحكم بأن الواقعتين متساويتان فيها كالقتل العمد العدوان من الوارث لمورثه حقيقته مضبوطة ويمكن التحقق من وجودها في قتل الموصى له للموصي ، والاعتداء في ابتياع الإنسان على ابتياع أخيه حقيقته مضبوطة ويمكن التحقق من وجودها في استئجار الإنسان على استئجار أخيه .

فلا يصح التعليل بالأوصاف المرنة غير المضبوطة التي تختلف اختلافاً بيناً باختلاف الظروف والأحوال والأفراد ، فلا تعلل إباحة الفطر في رمضان للمريض أو المسافر بدفع المشقة بل بمظنتها وهو السفر أو المرض .

وثالثها : أن تكون وصفاً مناسباً . ومعنى مناسبته أن يكون مظنة لتحقيق حكمة الحكم أي أن ربط الحكم به وجوداً وعدماً من شأنه أن يحقق ما قصده الشارع من تشريع الحكم من جلب نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج ، لأن الباعث الحقيقي على تشريع الحكم ، والغاية المقصودة منه هو حكمة الحكم ، ولو كانت هذه الحكمة في جميع الأحكام ظاهرة مضبوطة لكانت هي علل الأحكام ، لأنها هي الباعثة على تشريعها ، ولكن لعدم ظهورها في بعض الأحكام ، وعدم انضباطها في بعضها أقيمت مقامها أوصاف ظاهرة مضبوطة ملائمة ومناسبة لها ؛ وما ساغ اعتبار هذه الأوصاف عللا للأحكام وإقامتها مقام حكمها إلا لأنها مظنة لهذه الحكم ، فإذا لم تكن مظنة لها لم تكن مناسبة ولا ملائمة ، ولا تصلح علة للحكم ، فالإسكار مناسب لتحريم الخمر لأن في

بناء التحريم عليه حفظ العقول . والقتل العمد العدوان مناسب لإيجاب القصاص، لأن في بناء القصاص عليه حفظ حياة الناس ، والسرقة مناسبة لايجاب قطع يد السارق والسارقة لأن في بناء القطع عليها حفظ أموال الناس .

فلا يصح التعليل بالأوصاف غير المناسبة لحكمة تشريع الأحكام وتسمى الأوصاف الطردية أو الاتفاقية التي لا علاقة لها بالحكم ولا بحكمته . كلون الخمر . أو كون القاتل عمداً عدواناً مصري الجنسية ، أو كون السارق أسمر اللون ، أو كون المفطر عمداً في رمضان أعرابياً . ولا يصح التعليل بأوصاف مناسبة بأصلها ولكن طرأ عليها في بعض الجزئيات ما ذهب بمناسبتها وجعلها قطعاً غير مظنة لحكمة التشريع . فصيغة البيع من المكره لا تصلح علة لنقل الملكية ، وزوجية من ثبت عدم تلاقيهما من حين العقد لا تصلح علة لثبوت النسب ، وبلوغ من بلغ الحلم مجنونا لا يصلح علة لزوال الولاية النفسية عنه .

ورابعها : أن لا تكون وصفاً قاصراً على الأصل . ومعنى هذا أن تكون وصفاً يمكن أن يتحقق في عدة أفراد وأن يوجد في غير الأصل لأن الغرض المقصود من تعليل حكم الأصل تعديته إلى الفرع فلو علل بعلة لا توجد في غير الأصل لا يمكن أن تكون أساساً لقياس ، ولهذا ١٠ عللت الأحكام التي هي من خصائص الرسول بأنها لذات الرسول لم يصح فيها القياس . وعلى هذا لا يصح تعليل تحريم الخمر بأنها نبيذ العنب تخمر. ولا تعليل تحريم الربا في الأموال الربوية الستة بأنها ذهب أو فضة أو بر أو شعير أو ملح أو تمر . لأن هذه أوصاف قاصرة عليها .

تقسيمات للعلة من وجوه عدة :

التقسيم الأول للعلة من وجهة اعتبار الشارع لها :

الأمر المناسب للحكم وهو ما يكون مظنة لحكمته ، ينقسم أربعة أقسام

من جهة اعتبار الشارع له وعدم اعتباره :

١ ـ مناسب اعتبره الشارع بأتم وجوه الاعتبار ، ويسمى المناسب المؤثر .

٢ ـ ومناسب اعتبره الشارع ، ولكن بوجه من وجوه الاعتبار ، ويسمى المناسب الملائم .

٣ ـ ومناسب ألغى الشارع اعتباره ، ويسمى المناسب الملغى .

٤ ـ ومناسب سكت الشارع عنه ، فلم يدل على اعتباره بوجه من وجوه الاعتبار ولم يدل على إلغاء اعتباره ، ولم يشرع حكما بناء عليه . ويسمى المناسب المرسل . أي المطلق عن اعتبار أو إلغاء أو بناء حكم عليه .

١ ـ **فالمناسب المؤثر** : هو المناسب الذي دل الشارع على أنه علة للحكم الذي شرعه . سواء كانت دلالته على أنه علة صراحة أو إشارة ، فما دام الشارع دل على أن هذا المناسب هو علة الحكم ، فكأنه دل على أن الحكم نشأ عنه وأنه أثر من آثاره ولهذا سماه الأصوليون المناسب المؤثر .. وهو العلة المنصوص عليها .

مثال هذا ؛ قوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله . وذروا البيع » .

دلت صيغة الآية على أن الأمر بترك البيع مرتب على النداء للصلاة من يوم الجمعة ومبني عليه .

أي دلت على أن الشارع اعتبر هذا النداء علة لترك البيع ، لأن في ربط هذا الترك بالنداء محافظة على الصلاة ، ولهذا قسنا على البيع كل معاملة تشغل عن الصلاة كالرهن والمداينة ، فقلنا إنها مأمور بتركها وقت النداء كالبيع .

فالنداء للصلاة من يوم الجمعة بالنسبة للحكم ، وهو تحريم البيع في هذا الوقت أمر ، مناسب مؤثر ، لأن صيغة الشارع دلت على أنه هو علة هذا

الحكم . ولهذا يسوى بالبيع كل عقد أو تصرف وقت النداء للصلاة فيحرم ، ولا خلاف بين العلماء في بناء القياس على المناسب المؤثر ويسمون القياس بناء عليه قياساً في معنى الأصل .

٢ ـ والمناسب الملائم : هو المناسب الذي لم يعتبره الشارع بعينه علة لحكمه ولكن اعتبره في نص آخر علة لحكم من جنس هذا الحكم . أو اعتبر وصفا من جنسه علة لحكمه .

فإذا علل به الحكم بناء على أن الشارع علل به حكما من جنس هذا الحكم أو علل هذا الحكم بوصف من جنسه يكون التعليل ملائماً وموافقاً لتصرف الشارع في التعليل ، ولهذا سمي المناسب الملائم .

مثال هذا : جاء في الحديث : « لا يزوج البكر الصغيرة إلا وليها » دل الحديث على ثبوت ولاية التزويج على البكر الصغيرة لوليها ، ولكن لم يدل لاصراحة ولا إشارة على أن علة ثبوت هذه الولاية عليها أنها بكر أو أنها صغيرة ، مع أن كلا منهما أمر مناسب ، ولو ربط الحكم به كان مظنة لتحقيق حكمته . وهو دفع الضرر عن البكر الصغيرة .

فعلماء الحنفية رجحوا أن تكون علة ثبوت ولاية التزويج على البكر الصغيرة صغرها . وقالوا في وجه الترجيح إن الشارع اعتبر الصغر علة للولاية على مال الصغير ، كما يؤخذ من قوله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشدا ، فادفعوا إليهم أموالهم » . وما دام الشارع قد اعتبر الصغر علة للولاية على المال ، والولاية على المال والولاية على التزوج نوعان من جنس واحد هو الولاية ، فيكون الشارع قد اعتبر الصغر علة للولاية على التزوج بوجه من وجوه الاعتبار .

ولهذا يقاس على البكر الصغيرة من في حكمها من جهة نقص العقل وهي المجنونة أو المعتوهة وتقاس عليها أيضاً الثيب الصغيرة .

ومثال آخر : ورد أن الشارع أباح الجمع بين الصلاتين في واقت واحد في الحضر في الجو الممطر ، ولم يرد ما يدل على أن علة هذه الإباحة هو المطر . ولكن روي عن أنس بن مالك أنه قال : « كان رسول الله إذا ارتحل قبل أن تزيغ الشمس [1] أخر الظهر إلى وقت العصر ثم نزل فجمع بينهما » يؤخذ من هذا الحديث أن السفر هو علة إباحة الجمع بين الصلاتين . وبما أن السفر والمطر نوعان من جنس واحد وهو ما يوجب التيسير . فاعتبار الشارع السفر مبيحاً للتيسير بالجمع بين الصلاتين يدل على اعتبار ما هو من جنسه ، وهو المطر ، مبيحاً للجمع بين الصلاتين .

والمقصود بهذا أن القائس في تعليل حكم النص لا يكتفي في التعليل بمجرد أن الأمر مناسب ، لأنه قد يكون مناسباً ألغى الشارع اعتباره ، فلكي يطمئن إلى أنه علل تعليلا صحيحاً لا بد أن يتبين أن هذا المناسب اعتبره الشارع علة ولو بوجه من الوجوه .

٣ ــ والمناسب الملغى : هو الأمر الذي يبدو في الظاهر أنه مظنة الحكمة أي أن بناء الحكم عليه ، من شأنه أن يحقق مصلحة ، ولكن دل دليل شرعي على إلغاء اعتبار هذا المناسب ومنع بناء الحكم الشرعي عليه . فالمفتي الذي أفتى الملك بأنه لا يكفر ذنب إفطاره عمداً في رمضان إلا صيامه شهرين متتابعين بناء على أن هذا الملك لا يردعه عن ذنبه إلا هذا ، بنى حكمه على أمر مناسب بحسب الظاهر ، ولكنه ملغى اعتباره بأمر الشارع ، لأن الشارع أوجب الكفارة على من أفطر عمداً في رمضان بهذا الترتيب :

١ ــ إعتاق رقبة .

٢ ــ فمن لم يجد فصيام شهرين .

٣ ــ فمن لم يستطع فإطعام ٦٠ مسكيناً .

---

١ ــ أي قبل أن تميل عن وسط السماء .

بغير تفريق من الشارع بين غني وفقير ، وملك وغير ملك .

ومثل هذا تساوى الابن والبنت في القرابة وفي درجتها للحكم بتساويهما في الإرث ، فهو أمر مناسب بحسب ظاهر ، ولكن الشارع ألغى اعتباره بقوله « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » .

٤ ــ **والمناسب المرسل** : هو الأمر الذي يظهر للمجتهد أن بناء الحكم عليه يحقق مصلحة ، ولم يقم من الشارع دليل على اعتباره ، ولا دليل على إلغائه ، فهو مرسل أي مطلق عن دليل اعتبار أو دليل إلغاء هو الذي يسميه علماء الأصول المصلحة المرسلة .

وأظهر أمثلته ، المصالح التي يقتضيها ما يجد من الأحوال في مختلف البيئات ولم يرد عن الشارع ما يدل على اعتبارها أو إلغائها . (ومثاله في تشريعنا : لا تسمع دعوى الزواج بناء على الشهادة ولا تسمع إلا بوثيقة رسمية ــ ولا يصح الوقف إلا بإشهاد ــ ولا يعقد عقد زواج إلا إذا كانت سن الزوجة ١٦ فأكثر ، وسن الزوج ١٨ فأكثر) .

كل هذه التشريعات بني الحكم فيها على مصلحة مرسلة وليس في أدلة الشرع ونصوصه ما يدل على اعتبارها أو إلغائها .

التقسيم الثاني للعلة باعتبار المصلحة التي هي مظنة لها :

قدمنا أن كل حكم شرعي إنما شرع لحكمة ، وأن حكمة الحكم هي المصلحة التي قصدها الشارع بتشريعه ، وأن العلة لا بد أن تكون مظنة لما قصد بالحكم من المصالح ، أي أن بناء الحكم عليها من شأنه أن يحقق المصلحة المقصودة للشارع من الحكم .

وقد دل استقراء الأحكام الشرعية وحكمها وعللها في مختلف موضوعاتها على أن المصالح التي قصدها الشارع ترجع إلى أنواع ثلاثة : تحقيق ما هو

ضروري للناس وتحقيق ما هو حاجي لهم ، وتحقيق ما هو تحسيني لهم . وبتحقيق ضروريات الناس ، وحاجياتهم ، وتحسينياتهم ؛ تتحقق مصالحهم على أكمل وجه ، وكل حكم شرعه الشارع هو لتحقيق مصلحة من هذه المصالح . وكل وصف اعتبره الشارع علة لحكم بأي نوع من أنواع الاعتبار ، هو مظنة لمصلحة من هذه المصالح . والمراد بالأمور الضرورية للناس الأمور التي لا تقوم حياتهم إلا بها ، وإذا اختلت كلها أو بعضها اختل نظام حياتهم وعمتها الفوضى . وجملة الضروريات للناس خمسة : الدين ، والنفس ، والعرض ، والمال ، والعقل . وقد شرع الشارع لإيجاد الدين وتثبيته والمحافظة عليه إيجاب الدعوة إليه والجهاد في سبيله والإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر ، وأصول العبادات ، وعقاب من يرتد عنه ، والحجر على المفتي الماجن الذي يعبث بأحكامه وعقاب كل من ينتهك حرمة الدين بأي قول أو عمل .

وشرع لإيجاد النسل وحفظ النفس: أحكام الزواج ، وتحريم الإجهاض . والتعقيم إلا لضرورة ، وإيجاب القصاص من القاتل عمداً ، والدية والكفارة على القاتل خطأ ، وعقاب كل معتد على النفس أو ما دونها .

وشرع لحفظ العقل تحريم الخمر وكل مسكر وكل مفتر ومخدر من السائلات أو النباتات أو غيرها .

وشرع لكسب المال وحفظه إيجاب السعي والعمل . وإيجاب حد السارق وتعزير الغاصب ، والنهي عن أكل أموال الناس بالباطل ، وتضمين من أتلف مال غيره قيمته أو مثله . واشتراط التراضي لمبادلته .

وشرع لحفظ العرض حد الزانية والزاني ، وحد قاذف المحصنات والوعيد على إشاعة الفاحشة بين الناس والترغيب في الزواج .

والمراد بالأمور الحاجية للناس الأمور التي لا تسهل حياتهم ، ولا يهون

احتمال أعبائها وتكاليفها إلا بها ، وإذا اختلت كلها أو بعضها شقت حياتهم ونالهم الحرج ، ولكن لا تختل ولا تنهار حياتهم كاختلالها وانهيارها بفقد الضروريات ، ومرجع الحاجيات إلى تيسير أنواع المعاملات والمبادلات ، والترخيص بأحكام تخفيفية في حال المشقات ، وإباحة ما لا غنى للإنسان عنه لتيسير حياته .

ومما شرع لتحقيق الحاجيات أحكام الرخص تخفيفاً على المكلفين حين السفر والمرض والخطأ والنسيان والإكراه وسائر أسباب المشقات ، وإباحة السلم والعرايا والمساقاة والمزارعة وسائر العقود التي أبيحت سداً لحاجة الناس ولرفع الحرج عنهم . وتضمين الأجير المشترك . وفرض الدية على العاقلة ، وإباحة الصيد ، وميتة البحر . وجعل الأرض مسجداً والتراب طهوراً . وقد أرشد الله سبحانه إلى ما قصد إذ قال عز شأنه : « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج » . وقال : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » . وقال : « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً » .

المراد بالأمور التحسينية للناس الأمور التي يتوافر بها جمال حياتهم وكمالها وطيبها وبها يدنو مجتمعهم من المثل الأعلى للحياة الطيبة ، ومراجعها إلى مكارم الأخلاق ومحاسن العادات وما به الجمال والكمال . ومما شرع لتحقيق التحسينات أحكام الطهارات وستر العورات وآداب المعاملات والندب إلى أخذ الزينة عند كل مسجد والنهي عن الإسراف والتقتير والنهي عن المثلة وعن قتل النساء والصبيان والرهبان في الجهاد ، وإلى هذا أرشد الله سبحانه بقوله : « ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم [1] » .

والمقصود من هذا التقسيم تنبيه القائسين والمجتهدين إلى أمرين :

---

١ — اقرأ الجزء الرابع من كتاب الموافقات للشاطبي المتوفى سنة ٧٩٠ هـ ففيه تفصيل واف لأنواع المصالح التي قصدها الشارع من الأحكام وأمثلة تفصيلية للأحكام من مختلف أبواب الفقه تدل على أن الشارع ما أهمل مصلحة وما قصد بكل حكم شرعه إلا المصلحة .

أولا : إلى مراعاة ترتيب المصالح التي قصدها الشارع وتقديم أهمها وهو الضروري على الذي يليه وهو الحاجي ، وتقديم كل منهما على التحسيني . وعلى هذا يهمل الحاجي إذا كان في مراعاته إخلال بضروري ، ويهمل التحسيني إذا كان في مراعاته إخلال بضروري أو حاجي . والضروريات نفسها ليست في مرتبة واحدة فلا يراعى ضروري إذا كان في مراعاته إخلال بضروري أهم منه . وكذا الحاجيات والتحسينات ، ولهذا فرض الجهاد محافظة على الدين ولم يراع حفظ النفس ، وأبيح لمن اضطر في مخمصة شرب المسكر محافظة على النفس ولم يراع حفظ العقل . وأبيح إتلاف مال الغير حين الإكراه عليه بإتلاف نفس أو عضو محافظة على النفس ولم يراع حفظ المال . وفرضت على المكلف عبادات وعدة تكليفات فيها نوع مشقة عليه محافظة على الدين ولم يراع دفع كل أنواع المشقات عنه ، وأبيح ترك الوضوء أو الغسل بالماء إذا خيف منه المرض أو زيادته ؛ محافظة على صحة البدن ولم يراع التحسين بالطهارة . وأبيح كشف العورة أثناء عملية جراحية أو شبهها محافظة على صحة البدن ، ولم يراع التحسين بستر العورة .

وثانياً : إلى مراعاة أن أية مصلحة قام البرهان على أنها ضرورة للناس أو حاجية أو تحسينية فهي من مقاصد الشارع ، لأن استقراء أحكام الشارع دل على أن كل ما شرعه الشارع في مختلف فروع التشريع دائر حول حفظ هذه المصالح بأنواعها فكل تقنين أو تنظيم يرمي إلى تحقيق مصلحة من هذه المصالح فهو شرعي من ناحية أنه متفق ومقاصد الشارع من تشريعه متى قام البرهان على أنها مصلحة عامة حقيقية . وليست مصلحة شخصية أو وهمية أو هوائية .

التقسيم الثالث للعلة باعتبار إفضائها إلى المقصود التي هي مظنة له :

بينا في شروط العلة أنها يشترط فيها أن تكون مناسبة للحكمة المقصودة من تشريع الحكم بمعنى أن ربط الحكم بها وجوداً وعدماً من شأنه أن يحقق

الحكمة ، وهذا ما عبر عنه الأصوليون بقولهم : أن تكون العلة مظنة للمئنة ، ولكن ليست كل علة تحقق الحكمة وتفضي إلى المقصود منها قطعاً في كل جزئية بل قد تفضي إليه قطعاً أو ظناً أو شكا أو وهما . وربما لا تفضي إليه قطعا ، ففي أي هذه الحالات تبقى مناسبتها قائمة ؟ وفي أيها تنخرم مناسبتها ، أي تختل ولا تصلح علة ؟

أما حيث تكون العلة محققة للحكمة ومفضية إلى المقصود منها قطعا فلا خلاف في عليتها لقيام مناسبتها قطعا ، فصيغة البيع الصحيح النافذ التي هي مظنة لتراضي المتبايعين ولسد حاجتهما تفضي قطعاً إلى المقصود منه فتنقل الملكية في البدلين ويحل لكل منهما الانتفاع بما ملك سداً لحاجته . وكذلك حيث تكون العلة مفضية الى مقصود منها ظناً ، لأن الظن الراجح كالقطع في بناء الأحكام عليهما ، فالقتل العمد العدوان لإيجاب القصاص يفضي إلى المقصود وهو ردع الناس عن القتل ظناً لا قطعاً ، لأن من المجرمين من لا يردعهم القصاص ، وكل عقوبة على جريمة هي مفضية إلى المقصود منها ظناً لا قطعاً .

وأما حيث تكون العلة مفضية إلى المقصود شكا أو وهماً ، أي أن جانب إفضائها إليه مساوٍ عدمه أو مرجوح فقد اختلف الأصوليون في أنها تنخرم مناسبتها في هذه الحال أو لا . والمختار أنها لا تنخرم لأن المظنة ما دامت تحتمل أن تفضي إلى المئنة فمناسبتها قائمة بوجه من الوجوه . ومثال هذا زواج الآيسة فإن من بلغت سن الإياس لا تلد غالباً فزواجها غالباً لا يفضي إلى المقصود من الزواج وهو التوالد والتناسل . ولكن الراجح أن هذا الزواج تترتب آثاره عليه لاحتمال أن يفضي إلى التوالد على خلاف الغالب . وكذا سفر المترف المهيأة له كل وسائل الراحة الذي لا يجد مشقة في سفره غالباً إباحة الفطر له في رمضان لا تفضي إلى المقصود غالباً وهو دفع المشقة ، ولكن الراجح إباحة الفطر له لاحتمال أن يجد في السفر أية مشقة لا تعرض في الإقامة .

وأما حيث تكون العلة غير مفضية إلى المقصود منها قطعاً فلا خلاف في أنها تنخرم مناسبتها ولا تكون علة للحكم ؛ ولهذا لا يثبت النسب بزواج مشرقي بمغربيه ثبت عدم تلاقيهما من حين زواجهما . ولا يثبت الملك في البدلين ببيع المكره ، لأنه ما دام قد ثبت عدم تلاقي الزوجين انتفى أن يكون زواجهما مظنة للاتصال الجنسي ، وما دام البيع بالإكراه انتفى أن تكون الصيغة مظنة التراضي ، واذا انتفى كون الوصف مظنة للمئنة لم يصلح أن يكون علة . والحنفية القائلون بثبوت النسب في زواج المشرقي بالمغربية قالوا إنه لم ينتف قطعا كون هذا الزواج مظنة لاحتمال أن يكون أحد الزوجين أهل الخطوة ، وهذا مبني على الاعتقاد في كرامات الأولياء ، وما كان ينبغي أن يبني على هذا تشريع عمل قضائي .

وفي بعض الحالات تفضي العلة إلى المصلحة المقصودة منها ، ولكنها في الوقت نفسه تفضي إلى مفسدة ، فهل تنخرم مناسبة العلة بإفضائها إلى مصلحة ومفسدة معا ؟ وأمثلة هذا كثيرة : فتحديد سن الزواج يفضي إلى مصلحة وإلى مفسدة ، وكذا تقييد تعدد الزوجات ، وتقييد حق الطلاق ، وكثير من مشروعات القوانين التي لها منافعها وأضرارها .

أما حيث تكون المصلحة راجحة فلا خلاف في أنه لا تنخرم المناسبة بمفسدة مرجوحة لأنه لو انخرمت المناسبة بأية مفسدة ولو مرجوحة لم يبق أي وصف مناسبا .

وأما حيث تكون المفسدة راجحة فلا خلاف في أنه تنخرم المناسبة .

وأما حيث يتساويان فالراجح أنها تنخرم ، لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح . ومن هذا قرروا أنه إذا تعارض المانع والمقتضى رجح المانع ، وإذا تعارض المحرم والمبيح رجح المحرم .

مسالك العلة :

المراد بمسالك العلة الطرق التي يتوصل بها إلى إثبات أن الوصف علة . وأشهر هذه المسالك هي :

أولا : (النص) : فإذا دل نص القرآن أو السنة على أن الوصف علة ثبتت علية الوصف بالنص وسمى العلة المنصوص عليها . ودلالة النص على أن الوصف علة قد تكون صراحة ، وقد تكون إيماء أي إشارة وتنبيهاً لا بصريح العبارة ، فالدلالة على العلية صراحة هي دلالة لفظ في النص على العلة بوضعه اللغوي مثل ما إذا ورد في النص لفظ لعلة كذا ، أو لسبب كذا ، أو لأجل كذا وإذا كان اللفظ الدال على العلية في النص لا يحتمل غير الدلالة على العلية فدلالة النص على علية الوصف صريحة قطعية كقوله تعالى في تعليل بعثة الرسل : « رسُلاً مُبشّرينَ ومُنْذِرين لئَلاّ يكونَ لِلنّاس عَلى الله حُجّة بعدَ الرّسُل » ، وقوله في إيجاب أخذ خمس الفيء للفقراء والمساكين « كي لا يكون دُولة بينَ الأغنِياء منكُمْ » ، وكقوله تعالى : « فلمّا قَضى زيدٌ منها وطَراً زوّجْناكَها لكَيلا يكُون عَلىَ المؤْمنِين حرَجٌ في أزواج أدعيائِهم » . وكقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « إنما نهيتكم عن ادّخار لحوم الأضاحي لأجل الدافة ، فكلوا وادخروا » .

وإذا كان اللفظ الدال على العلية في النص يحتمل الدلالة على غير العلية فدلالة النص على علية الوصف صريحة ظنية ، مثل قوله تعالى : « أقم الصلاة لدلوك الشمس » وقوله : « فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم » وقوله : « يسألونك عن المحيض قل هو أذىً ، فاعتزلوا النساء في المحيض » وقول الرسول صلى الله عليه وسم في طهارة سؤر الهرة « إنها من الطوافين عليكم والطوفات » وإنما كانت دلالة النص في هذه المثل على العلية ظنة ، لأن الألفاظ الدالة عليها فيها ، وهي اللام والباء والفاء ، وإنّ ؛

كما تستعمل في التعليل تستعمل في غيره وإن كان التعليل هو الظاهر من معانيها في هذه النصوص .

ودلالة النص على العلية إيماء أي إشارةوتنبيهاً هي الدلالة المستفادة من ترتيب حكم على الوصف واقترانه به بحيث يتبادر من هذا الاقتران فهم علية الوصف للحكم وإلا لم يكن للاقتران وجه ، وذلك مثل قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يقضي القاضي وهو غضبان » وقوله : « لا يرث القاتل » وقوله : « للراجل سهم وللفارس سهمان » وقوله للأعرابي الذي قال واقعت أهلي في نهار رمضان عمداً : كَفِّر » .

وبعض الأصوليين يعد الإيماء مسلكا مستقلاً عن النص . وبعضهم يعتبر دلالة بعض أنواع الصريح الظني من الإيماء ، والأمر في هذا هين لأن العلية في كل هذه الأحوال مستفادة من النص ، وكونها صراحة أو إيماء ، قطعية أو ظنية مدارها على وضع اللغة وسياق النص .

ثانياً : (الإجماع) : فإذا اتفق المجتهدون في عصر من العصور على علية وصف لحكم شرعي ثبتت عليه هذا الوصف للحكم بالإجماع . ومثال هذا إجماعهم على أن علة الولاية المالية على الصغيرة الصغر ، وفي عد هذا مسلكا نظر ، لأن نفاة القياس لا يقيسون ولا يعللون ، فكيف ينعقد بدونهم إجماع .

ثالثاً : (السبر والتقسيم) : السبر معناه الاختبار ، ومنه المسبار . والتقسيم معناه حصر الأوصاف الصالحةلأن تكونعلةحكم الأصلوترديد العلةبينها بأن يقال العلة إما هذا الوصف أو هذا الوصف ، فإذا ورد نص بحكم شرعي في واقعة ولم يدل نص ولا إجماع على علة هذا الحكم سلك المجتهد للتوصل إلى معرفة علة هذا الحكم مسلك التقسيم والسبر بأن يحصر الأوصاف التي توجد في واقعة الحكم وتصلح لأن تكون العلة واحداً منها ، ويختبرها وصفا وصفا على ضوء الشروط الواجب توافرها في العلة ، وأنواع الاعتبار الذي

تعتبر به ، وبواسطة هذا الاختبار يستبعد الأوصاف التي لا يصح أن تكون علة ويستبقي ما يصح أن يكون علة ، وبهذا الاستبعاد وهذا الاستبقاء يتوصل إلى الحكم بأن هذا الوصف هو العلة ، مثلا ورد النص بتحريم ربا الفضل والنسيئة في مبادلة الشعير بالشعير وسائر الأموال الربوية الستة ، ولم يدل نص ولا إجماع على علة هذا الحكم ، فالمجتهد يسلك لمعرفة علة هذا الحكم مسلك التقسيم والسبر بأن يقول علة هذا الحكم إما كون الشعير مما يضبط قدره بالكيل ، وإما كونه طعاماً . وإما كونه مما يقتات به ويدخر . ولكن كونه طعاماً لا يصلح علة ، لأن هذا الحكم ثابت في الذهب والفضة وليس واحد منهما طعاماً ، وكونه قوتاً لا يصلح أيضاً لأن هذا الحكم ثابت في الملح وليس قوتاً ، فيتعين أن تكون العلة كونه مقدراً بالكيل أو الوزن . وبناء على هذا يقاس على ما ورد في النص كل المقدرات بالكيل أو الوزن ، في مبادلتها بجنسها يحرم ربا الفضل والنسيئة ، وكذا ورد النص بأن يزوج الأب بنته البكر الصغيرة ولم يدل نص ولا إجماع على علة ثبوت هذه الولاية ، فالمجتهد يردد العلية بين كونها بكراً وكونها صغيرة ويستبعد البكارة لأن الشارع ما اعتبرها للتعليل بنوع من أنواع الاعتبار ، ويستبقي الصغر لأن الشارع اعتبره علة الولاية على المال ، وهي والولاية على التزويج من جنس واحد ، فيحكم بأن العلة الصغر ويقيس على البكر الصغيرة الثيب الصغيرة بجامع الصغر ، وكذا ورد النص بتحريم شرب الخمر ولم يدل نص على علة الحكم ، فالمجتهد يردد العلة بين كونه من العنب أو كونه سائلاً أو كونه مسكراً ، ويستبعد الوصف الأول لأنه قاصر ، والثاني لأنه طردي غير مناسب . ويستبقي الثالث فيحكم بأنه علة .

وخلاصة هذا المسلك أن المجتهد عليه أن يبحث في الأوصاف الموجودة في الأصل ويستبعد ما لا يصلح أن يكون علة منها ، ويستبقي ما هو العلة حسب رجحان ظنه وهاديه في الاستبعاد والاستبقاء تحقيق شروط العلة بحيث لا يستبقي إلا وصفا ظاهراً منضبطاً متعدياً مناسباً معتبراً بنوع من أنواع

الاعتبار . وفي هذا تتفاوت عقول المجتهدين لأن منهم من يرى المناسب هذا الوصف ، ومنهم من يرى المناسب وصفاً آخر . فالحنفية رأوا المناسب في تعليل التحريم في الأموال الربوية القدر مع اتحاد الجنس والشافعية رأوه الطعم مع اتحاد الجنس ، والمالكية رأوه القوت والادخار مع اتحاد الجنس . والحنفية رأوا المناسب في تعليل الولاية على البكر الصغيرة الصغر ، والشافعية رأوه البكارة .

وبعض علماء الأصول عد من مسالك العلة تنقيح المناط . والمراد بتنقيح المناط تهذيب ما نيط به الحكم وبني عليه وهو علته . والحق أن تنقيح المناط إنما يكون حيث دل النص على العلية من غير تعيين وصف بعينه علة فهو ليس مسلكا للتوصل به إلى تعليل الحكم ؛ لأن تعليل الحكم مستفاد من النص وإنما هو مسلك لتهذيب وتخليص علة الحكم مما اقترن بها من الأوصاف التي لا مدخل لها في العلية . ومثال هذا ما ورد في السنة من أن أعرابياً جاء إلى رسول الله وقال : هلكت ، فقال له الرسول : ما صنعت ؟ فقال : واقعت أهلي في نهار رمضان عمداً . فقال له الرسول : كفّر ... الحديث . فهذا النص دل بالإيماء على أن علة إيجاب التكفير على الأعرابي ما وقع منه لأنه رتب التكفير على ما سرده من الوقائع ، ولكن هذا الذي وقع منه فيه ما لا مدخل له في العلية لإيجاب التكفير مثل كونه أعرابياً ، وكون التي واقعها زوجته ، وكونه واقع في نهار رمضان من تلك السنة بعينها . فالمجتهد يستبعد هذه الأوصاف لأنها لا مدخل لها في العلية ، ويستخلص أن العلة هي الوقاع عمداً في نهار رمضان ، وعلى هذا تجب الكفارة على من أفطر عامداً في نهار رمضان بالجماع ، وهذا مذهب الشافعي . وأما الحنفية فقالوا: إن مثل الجماع كل مفطر، وهذه المماثلة تفهم بالتبادر فتجب الكفارة على كل من أفطر عمداً في نهار رمضان بجماع أو بأكل أو بشرب أو غيرها ، فيكون المناط لإيجاب الكفارة عندهم بعد تهذيبه هو المفسد للصوم عمداً ويكون إيجاب الجماع عمداً للكفارة ثابتا بعبارة النص وإيجاب الأكل والشرب عمدا للكفارة ثابتاً

بدلالة النص ، وهذا الاستبعاد وتهذيب العلة مما اقترن بها ومما لا مدخل له في العلية هو تنقيح المناط . ومن هذا يتبين أن تنقيح المناط غير السبر والتقسيم . لأن تنقيح المناط يكون حيث دل نص على مناط الحكم ولكنه غير مهذب ولا خالص من اقتران ما لا مدخل له في العلية به . وأما السبر والتقسيم فيكونان حيث لا نص أصلا عن مناط الحكم ويراد التوصل بهما إلى معرفة العلة لا إلى تهذيبها من غيرها . وأما النظر في استخراج العلة غير المنصوص عليها ولا المجمع عليها بواسطة السبر والتقسيم أو بأي مسلك من مسالك العلة فيسمى تخريج المناط ، فهو استنباط علة لحكم شرعي ورد به النص ولم يرد نص بعلته ولم ينعقد إجماع على علته . وأما تحقيق المناط فهو النظر في تحقق العلة التي ثبتت بالنص أو الإجماع أو بأي مسلك في جزئية أو واقعة غير التي ورد فيها النص ، كما إذا ورد النص بأن علة « اعتزال النساء في المحيض » الأذى ، فينظر المجتهد في تحقق الأذى في النفاس . وكما إذا ثبت أن علة تحريم شرب الخمر الإسكار فينظر في تحقق الإسكار في نبيذ آخر . فتنقيح المناط هو تهذيب العلة وتعيينها وتخليصها مما لابسها . وتخريج المناط هو استخراج العلة والتوصل إلى معرفتها . وتحقيق المناط هو البحث في تحقق العلة في أية واقعة غير واقعة النص .

الاستحسان

الطريق الثاني من طرق الاجتهاد بالرأي الاستحسان . والبحوث التي نخصها بالبيان من بحوثه هي :

- تمهيد في إجمال الفرق بين القياس ، والاستحسان ، والاستصلاح .
- تعريف الاستحسان .
- أنواعه .
- مذاهب الأصوليين في أنه حجة وأدلة كل مذهب .
- تحرير محل الخلاف .

تمهيد في إجمال الفرق بين القياس ، والاستحسان ، والاستصلاح .

من جهة مجال الاجتهاد بكل منها .

إذا عرضت للمكلف واقعة فيها حكم دل عليه نص في القرآن أو السنة أو انعقد عليه إجماع المجتهدين من المسلمين في عصر من العصور وجب اتباع هذا الحكم ولا مجال للاجتهاد بالرأي في حكم هذه الواقعة .

وإذا عرضت واقعة ليس فيها حكم بنص ولا إجماع ولكن ظهر للمجتهد أنها تساوي واقعة فيها حكم بنص أو إجماع في العلة التي بني عليها حكم النص

أو الإجماع فإنه يسوى بين الواقعتين في حكم النص لتساويهما في العلة التي بني عليها ، وهذه التسوية هي القياس وهو أول طرق الاجتهاد بالرأي لأن المجتهد يستنبط علة حكم النص باجتهاده برأيه . ويتحقق من وجودها في الواقعة المسكوت عنها باجتهاده برأيه .

وإذا عرضت واقعة يقتضي عموم النص حكما فيها أو يقتضي القياس الظاهر المتبادر حكما فيها . أو يقتضي تطبيق الحكم الكلي حكما فيها وظهر للمجتهد أن لهذه الواقعة ظروفاً وملابسات خاصة تجعل تطبيق النص العام أو الحكم الكلي عليها أو اتباع القياس الظاهر فيها يفوت المصلحة أو يؤدي إلى مفسدة فعدل فيها عن هذا الحكم إلى حكم آخر اقتضاه تخصيصها من العام أو استثناؤها من الكلي أو اقتضاء قياس خفي غير متبادر ، فهذا العدول هو الاستحسان وهو من طرق الاجتهاد بالرأي لأن المجتهد يقدر الظروف الخاصة لهذه الواقعة باجتهاده برأيه ويرجح دليلا على دليل باجتهاده برأيه .

وإذا عرضت واقعة ليس فيها حكم بنص ولا إجماع ولا قياس ولا يتعارض فيها دليلان ، وظهر للمجتهد أن هذه الواقعة فيها أمر مناسب لتشريع حكم أي أن تشريع الحكم بناء عليه يحقق مصلحة مطلقة لأنه يجلب نفعاً أو يدفع ضرراً فاجتهد في تشريع الحكم لتحقيق هذه المصلحة فهذا هو الاستصلاح وهو من طرق الاجتهاد بالرأي لأن المجتهد يهتدي إلى الأمر المناسب في الواقعة برأيه ويهتدي إلى الحكم الذي يبنيه عليه برأيه .

فواقعة القياس واقعة ليس فيها حكم بنص ولا إجماع ألحقت بواقعة فيها حكم بنص وإجماع . وواقعة الاستحسان واقعة تعارض في حكمها دليلان وعدل المجتهد فيها عن حكم أظهر الدليلين لسند استند إليه في هذا العدول .

وواقعة الاستصلاح واقعة بكر لا حكم فيها بنص ولا إجماع ولا قياس ويشرع فيها المجتهد الحكم لتحقيق مصلحة معينة .

فالحكم بأن أي نبيذ فيه خاصية الإسكار يحرم شربه لأنه يساوي الخمر

وعلة التحريم حكم بالقياس والحكم بأن الموصي له إذا قتل الموصي يمنع من الوصية لأنه يساوي الوارث إذا قتل المورث ، حكم بالقياس ، والحكم بأن السارق في عام المجاعة لا تقطع يده استثناء من عموم «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما» حكم بالاستحسان ، والحكم بأن حقوق الريّ والصرف والطريق تدخل في وقف الأرض الزراعية بدون ذكرها قياساً على إجارتها وعدولاً عن القياس على بيعها استحسان .

واشتراط الإشهاد الشرعي لصحة الوقف أو التغيير فيه . واشتراط وثيقة الزواج الرسمية لسماع الدعوى به واشتراط سن معينة للزوجين لتوثيق عقد الزواج بينهما استصلاح . وبالتحقيق الدقيق يظهر أن مرجع الاستحسان والاستصلاح إلى القياس وسنبين هذا إن شاء الله .

تعريف الاستحسان :

الاستحسان في اللغة العربية هو عد الشيء حسنا أو اتباع الشيء الحسن في الحسيات وفي المعنويات ، يقال : استحسن الرأي أو القول أو الطعام أو الشراب أي عده حسنا ويقال : هذا مما استحسنه المسلمون أي مما عدوه حسنا .

وأما الاستحسان في اصطلاح الأصوليين فقد اختلفت فيه عباراتهم تبعا لاختلاف نواحيه واتجاه كل منهم إلى ناحية منها .

وأنا أورد بعض تعريفاتهم ثم أستخلص أوضحها وأجمعها :

بعض تعريفات الحنفية :

البزدوي : الاستحسان هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه أو هو تخصيص قياس بدليل أقوى منه .

النسفي : الاستحسان هو العدول عن قياس إلى قياس أقوى منه أو هو دليل

يعارض القياس الجلي .

الكرخي : الاستحسان هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه يقتضي العدول عن الأول .

بعض تعريفات المالكية :

ابن العربي : الاستحسان هو إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخيص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته .

الشاطبي : الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين فالعموم إذا استمر والقياس إذا اطرد فإن مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأي دليل كان والاستثناء من القياس بأي دليل كان .

ابن رشد : الاستحسان هو طرح القياس الذي يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه إلى حكم آخر في موضع يقتضي أن يستثنى من ذلك القياس .

بعض تعريفات الحنابلة :

الطوفي في مختصره : أجود تعريف للاستحسان أنه العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص ، وهو مذهب أحمد .

ابن قدامة في كتابه روضة الناظر : الاستحسان له ثلاثة معان :

أحدها — العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة .

ثانيها — ما يستحسنه المجتهد بعقله .

ثالثها — دليل ينقدح في نفس المجتهد لا يقدر على التعبير عنه .

وقد جمع الإمام الشوكاني في كتابه — إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول — عدة تعريفات للاستحسان من غير نسبة تعريف إلى قائله فقال : « واختلف في حقيقته . فقيل هو دليل ينقدح في نفس المجتهد ويعسر

عليه التعبير عنه. وقيل هو العدول عن قياس أقوى: وقيل هو العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس وقيل هو تخصيص قياس بأقوى منه . وقيل هو استعمال مصلحة جزئية في مقابل قياس كلي » .

وبالنظر في هذه التعريفات نستنتج أمرين :

أحدهما: أن الأصوليين من الحنفية والمالكية والحنابلة مع اختلاف عباراتهم في تعريف الاستحسان متفقون في معنى جوهري له وهو أنه عدول عن حكم إلى حكم في بعض الوقائع أو إيثار حكم على حكم أو طرح حكم أو ترك حكم أو استثناء جزئية من حكم كلي أو تخصيص بعض أفراد العام بحكم خاص . ومتفقون على أن هذا العدول أو الإيثار أو الاستثناء أو التخصيص لا بد أن يستند إلى دليل شرعي من النصوص أو معقولها أو المصلحة أو العرف وهذا الدليل هو الذي يسمى في اصطلاح الأصوليين وجه الاستحسان وسند الاستحسان ولهذا نرى في الأحكام الفقهية كلما قيل في حكم إنه بالاستحسان قيل وجه الاستحسان .

وثانيهما: أن العدول قد يكون عن حكم دل عليه عموم النص وقد يكون عن حكم دل عليه قياس. وقد يكون عن حكم اقتضاه تطبيق قاعدة شرعية كلية فبعض التعريفات التي عرفت الاستحسان بأنه عدول عن قياس إلى قياس أقوى أو تخصيص قياس بدليل أقوى تعريفات غير جامعة .

وأجمع التعريفات في رأيي تعريف الكرخي من الحنفية وتعريف ابن رشد من المالكية وتعريف الطوفي من الحنابلة ومنها نستخلص التعريف الواضح الجامع للاستحسان فنقول :

الاستحسان في اصطلاح الأصوليين القائلين به هو العدول عن حكم اقتضاه دليل شرعي في واقعة إلى حكم آخر فيها لدليل شرعي اقتضى هذا العدول وهذا الدليل الشرعي المقتضي للعدول هو سند الاستحسان .

فالاستحسان عند التحقيق هو ترجيح دليل على دليل يعارضه بمرجح معتبر شرعاً .

أنواعه :

الاستحسان عند القائلين به يتنوع تارة باعتبار ما عدل عنه وما عدل إليه وتارة باعتبار السند الذي بني عليه العدول .

فأما أنواعه باعتبار ما عدل عنه وما عدل إليه ، فقد يكون الاستحسان عدولا عن مقتضى قياس ظاهر إلى مقتضى قياس خفي ، وقد يكون عدولا عن مقتضى نص عام إلى حكم خاص ، وقد يكون عدولا عن حكم كلي إلى حكم استثنائي .

من أمثلة النوع الأول :

(ا) قال فقهاء الحنفية : حقوق الريّ والصرف والمرور لاتدخل في وقف الأرض الزراعية تبعا بدون ذكرها قياساً وتدخل استحسانا .

فالقياس الظاهر هو قياس الوقف على البيع بجامع أن البيع يخرج المبيع من ملك البائع . والوقف يخرج الموقوف من ملك الواقف وفي بيع الأرض الزراعية لا تدخل حقوق ريها وصرفها والمرور إليها بدون ذكرها فكذلك في وقفها .

والقياس الخفي قياس الوقف على الإجارة بجامع أن المقصود بكل منهما الانتفاع بريع العين لا تملك رقبتها وفي إجارة الأرض الزراعية تدخل حقوق ريها وصرفها والمرور إليها بدون ذكرها فكذلك في وقفها ، وهذا العدول عن مقتضى القياس الظاهر إلى مقتضى القياس الخفي هو الاستحسان ووجهه أي الدليل الذي نبني عليه هذا العدول أن المقصود من الوقف هو انتفاع الموقوف عليه بريع الموقوف لا تملك رقبته والانتفاع بريع الأرض الزراعية لا يتحقق إلا بريها وصرفها والمرور إليها،فالقياس الذي يقتضي دخول هذه

الحقوق في وقفها بدون ذكرها أقوى أثراً وأرجح من ناحية أنه يحقق المقصود من الوقف .

(ب) قال فقهاء الحنفية: سور سباع الطير كالصقر والنسر والغراب والحدأة نجس قياساً طاهر استحسانا ، فالقياس الظاهر هو قياس سباع الطير على سباع البهائم كالذئب والفهد والنمر بجامع أنهما كلها غير مأكول لحمها .

والقياس غير الظاهر هو قياسها بالإنسان ؛ لأنه لا يؤكل لحمه وسؤره طاهر ، ووجه الاستحسان أن سباع الطير تشرب بمنقارها وهو عظم طاهر وأما سباع البهائم فتشرب بلسانها المختلط بلعابها المتولد من لحمها .

ومن أمثلة النوع الثاني ، تخصيص السارق في عام المجاعة من عموم قوله تعالى: «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما» كما ذهب إليه عمر . وتخصيص الأم الرفيعة المنزلة التي ليس من شأن مثلها أن ترضع ولدها من عموم قوله تعالى: « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة» كما ذهب إليه مالك بن أنس .

ومن أمثلة النوع الثالث ، الأمين يضمن بموته مجهلا الأمانة لأن التجهيل نوع من التقصير في الحفظ ويستثنى الأب استحسانا إذا مات مجهلا مال ابنه لأن للأب أن يتجر في مال ابنه وأن ينفق عليه فربما اتجر فيه فخسر أو أنفقه عليه .

المحجور عليه للسفه لا يصح الوقف منه لأنه غير أهل للتبرع ويستثنى من هذا استحسانا وقف المحجور عليه للسفه على نفسه لأن وقفه على نفسه فيه حفظ لماله وفيه تأمين نفسه من أن يصير عالة على غيره .

الأمين لا يضمن ما يهلك في يده من غير تعد أو تقصير ويستثنى من هذا استحسانا لتطمين الناس على ما يكون عند الأجير يده إلا إذ كان هلاكه بقوة قاهرة وذلك الأجير المشترك فإنه يضمن ما يهلك في المشترك كالخياط والكواء والصباغ .

وأما أنواعه باعتبار سنده فقد قال الحنفية أنواعه أربعة :

(ا) استحسان سنده القياس الخفي وتقدمت أمثلته .

(ب) استحسان سنده النص ومن أمثلته ، نهى رسول الله عن بيع المعدوم ورخص في السلم — نهى رسول الله عن بيع الرطب باليابس ورخص في العرايا — نهى رسول الله عن أن يخضد شجر مكة وأن يختلى خلاها ورخص في الإذخر . ففي كل مثال من هذه عدول عن الحكم الكلي إلى حكم استثنائي في جزئية وسند العدول هو الأثر أي النص نفسه وتسمية هذا استحسانا تجوز ظاهر لأن الحكم في الجزئية ثابت بالنص لا بالاستحسان .

(جـ) استحسان سنده العرف ، ومن أمثلته عقد الاستصناع عقد على معدوم وصح استحسانا للعرف . وقف المنقول الذي لم يرد بوقفه نص لا يصح ولكن إذا تعورف وقفه صح . ومن حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا لا يحنث للعرف .

(د) استحسان سنده الضرورة كطهارة الحياض والآبار واغتفار الغبن اليسير والعفو عن رشاش البول فالحكم بهذه الطهارة والاغتفار والعفو استحسان سنده الضرورة . ومن أمثلتهم لهذا النوع يؤخذ أن مرادهم بالضرورة ما يشتمل الضروري والحاجي أي ما لا بد منه للحياة وما لا بد منه لرفع الحرج .

قال سعد الدين التفتازاني : الاستحسان حجة لانه إما بالأثر كالسلم والإجارة وبقاء الصوم مع الأكل ناسياً . وإما بالإجماع كالاستصناع . وإما بالضرورة كطهارة الحياض والآبار . وإما بالقياس الخفي وأمثلته كثيرة .

قال المالكية أنواعه ثلاثة :

الأول : استحسان سنده العرف كمن حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا لا يحنث مع أن السمك لحم والقرآن سماه لحما في قوله: «ومن كل تأكلون

لحما طريا » ولكن العرف لا يسمى السمك لحما ، فعدل على موجب القياس للعرف .

الثاني : استحسان سنده المصلحة . فالأجير المشترك إذا هلك المال في يده مقتضى القياس أنه لا يضمن ، ولكن عدل عن هذا وحكم بضمانه للمصلحة وهي المحافظة على أموال الناس وتأمينهم .

الثالث : استحسان سنده رفع الحرج ، ولهذا يغتفر الغبن اليسير في المعاملات ويتسامح في التافه .

ومن المقارنة بين أنواع الاستحسان التي عدها الحنفية ، وأنواعه التي عدها المالكية ، يتبين أنهم اتفقوا في نوعين : في الاستحسان الذي سنده العرف ، وفي الاستحسان الذي سنده المصلحة ، لأن المصلحة تشمل ما سماه الحنفية الضرورة وما سماه المالكية رفع الحرج ، فالعدول عن الحكم الذي يقتضيه القياس أو عن عموم العام ، أو عن الحكم الكلي مراعاة للعرف ، أو للمصلحة ، أي جلب نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج ؛ هو الاستحسان بالاتفاق بين القائلين به .

وقد انفرد الحنفية بعد نوعين : الاستحسان الذي سنده قياس خفي ترجح على قياس جلي ، والاستحسان الذي سنده نص . وأرى أن تسمية كل نوع من هذين النوعين حكما بالاستحسان لا يظهر له وجه ، لأن الحكم في النوع الأول ثابت بالقياس ، وكون هذا القياس ترجح على قياس يعارضه لا يخرج القياس عن أنه هو دليل الحكم والحكم ثابت به ، وكذلك الحكم في النوع الثاني وهو الذي سنده نص هو ثابت بالنص ابتداء ، وكون هذا النص استثناء ، أو كالاستثناء لا يخرجه عن أنه هو دليل الحكم ،والحكم ثابت به ، فمصدر الحكم في النوع الأول القياس ، ومصدر الحكم في النوع الثاني النص ، وفي التحقيق لا عدول عن حكم إلى حكم وإنما حكم ابتداء بأرجح القياسين ، وحكم ابتداء بالنص .

هل يعدى الحكم المستحسن؟

قرر علماء الحنفية أن الحكم الثابت بالاستحسان الذي سنده قياس خفي يصح أن يعدى بواسطة القياس إلى واقعة أخرى. وأما الحكم الثابت بالاستحسان الذي سنده النص، أو العرف، أو الضرورة، فلا يعدى بواسطة القياس إلى واقعة أخرى لأنه في هذه الحالات الثلاث حكم معدول به عن القياس فلا يعدى بل يقتصر على محله. ومثلوا لتعدية الحكم الذي سنده قياس خفي بتحالف البائع والمشتري إذا اختلفا في مقدار الثمن قبل قبض المبيع فقالوا: هذا حكم بالاستحسان وسند استحسانه قياس خفي فيتعدى من البائع والمشتري إلى ورثتهما، فلو مات البائع والمشتري قبل قبض المبيع واختلف ورثتهما في مقدار الثمن تحالفا. ويتعدى أيضاً من البيع إلى الإجارة، فإذا اختلف المؤجر والمستأجر في مقدار الأجرة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا.

وفي هذا نظر في وجهين أحدهما: أننا قدمنا في بحوث القياس أن الحكم الذي يعدى بالقياس هو الحكم الثابت بالنص. وأما الحكم الثابت بالقياس فلا يعدى. وبينا وجه هذا وإثبات التحالف بين ورثتي البائع والمشتري إذا اختلفا في مقدار الثمن قبل قبض المبيع بالقياس على البائع والمشتري وإنما هو تطبيق للحكم الكلي لكل متداعيين معتبر كل واحد منهما مدعيا ومنكرا في وقت واحد. وكذلك إثباته بين المؤجر والمستأجر.

وثانيهما: أن الحكم المستحسن إذا كان سنده النص وكان معقول المعنى يصح أن يعدى إلى الواقعة التي تحققت فيها علته. ولهذا لما ورد الترخيص في العرايا وهي بيع الرطب على النخل بالتمر، وعلل بأن هذا مما تقتضيه حاجة الناس، وأن التقدير فيه بالخرص والتخمين يقرب من الحقيقة، وأن يسير التفاوت عفو، عدي هذا الترخيص إلى بيع العنب على الكرم بالزبيب إذا دعت إليه حاجة الناس لأنه مثل العرايا. وقد أثبتنا في بحوث القياس أن تعدية الحكم

بالقياس إلى غير موضع النص أساسه إدراك علة حكم النص سواء كان حكما مبتدأ أو حكما استثنائيا .

مذاهب العلماء في حاجية الاستحسان

أشهر المذاهب في حجيـــة الاستحسان ثلاثة : فمذهب جمهور الحنفية والمالكية والحنابلة أنه دليل شرعي تثبت به الأحكام في مقابلة ما يوجبه القياس ، أو عموم النص . وقد تعددت عبـــاراتهم في تعريفه وفي بيان أنواعه كما قدمنا . ومذهب الشافعي أنـــه ليس بدليل شرعي وإنما هو تذوق وتلذذ وجرأة على التشريع بالهوى والرأي في مقابلة ما يوجبه الدليل الشرعي . ومذهب فريق من العلماء أنه دليل شرعي ولكنه ليس دليلا مستقلا بل هو راجع إلى الأدلة الشرعية الأخرى لأن مآله عند التحقيق هو العمل بقياس ترجح على قياس أو العمل بالعرف ، أو المصلحة . ومن هذا الفريق الشوكاني ؛ فقد ختم بحث الاستحسان بما نصه : « فقـــد عرفت بمجموع ما ذكرناه أن ذكر الاستحسان في بحث مستقل لا فائدة فيه أصلا لأنه إن كان راجعا إلى الأدلة المتقدمة فهو تكرار ، وإن كان خارجا عنها فليس من الشرع في شيء ، بل هو من التقول على هذه الشريعة بما لم يكن فيها تارة وبما يضادها أخرى .

أما أدلة القائلين بالاستحسان فأظهرها اثنان :

أولهما : أنه ثبت من استقراء الوقائع وأحكامها أن اطراد القياس أو استمرار العموم ، أو تعميم الكلي ، قد يؤدي في بعض الوقائع إلى تفويت مصلحة الناس لأن هذه الوقائع فيها خصوصيات وتلابسها ملابسات تجعل الحكم فيها بموجب القياس أو العام أو الكلي يجلب المفسدة أو يفوت المصلحة . فمن العدل والرحمة بالناس أن يفتح للمجتهد باب العدول في هذه الوقائع عن حكم القياس أو الحكم الكلي إلى حكم آخر يحقق المصلحة ويدفع المفسدة .

وهذا العدول المقصود به درء المفاسد وجلب المصالح هو الذي نسميه الاستحسان وإلى هذا الدليل أشار ابن رشد بقوله: الاستحسان طرح القياس الذي يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه إلى حكم آخر في موضع يقتضي أن يستثنى من ذلك القياس . ومن أنعم النظر في أمثلة الاستحسان من أي نوع من أنواعه يتبين أن العدول عن موجب القياس أو عموم العام في كل جزئية منها إنما هو لجلب النفع أو درء الضرر أو لإيثار مصلحة راجحة .

وثانيهما : أنه ثبت من استقراء النصوص التشريعية أن الشارع الحكيم عدل في بعض الوقائع عن موجب القياس أو عن تعميم الحكم إلى حكم آخر جلبا للمصلحة أو درءا للمفسدة . فالله سبحانه حرم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به ثم قال : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » . وتوعد من كفر بالله من بعد إيمانه ثم قال : « إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان » والرسول نهى عن بيع المعدوم ورخص في السلم ، ونهى عن أن يقطع شجر مكة واستثنى الإذخر ، وهذا هو عدول عن عموم الحكم أو عن موجب القياس في بعض الجزئيات لخصوصيات فيها تقتضي هذا العدول ، وكل حكم هو رخصة ما هو إلا عدول عن حكم العزيمة .

وأما أدلة منكري الاستحسان فقد عبر عنها زعيمهم الإمام الشافعي بعدة عبارات أوردها في كتابه الأم وفي رسالته الأصولية . وأنا أكتفي بذكر نصوص بعض عباراته في كتابيه ؛ قال في الأم [1] : « لا يجوز لمن استأهل أن يكون حاكما أو مفتيا أن يحكم ولا أن يفتي إلا من جهة خبر لازم ؛ وذلك : الكتاب ، أو السنة ، أو ماقاله أهل العلم لا يختلفون فيه ، أو قياس على بعض هذا . ولا يفتي بالاستحسان إذ لم يكن الاستحسان واجبا ولا في واحد من هذه المعاني » .

---

١ – انظر كتاب ابطال الاستحسان في الجزء السابع من الأم .

* انظر فهرس رسالة الشافعي في الأصول ، والصفحات التي ورد فيها الاستحسان – طبعة الحلبي .

وقال في الأم أيضاً : « إذا اجتهد المجتهد فاستحسن فالاجتهاد لعين قائمة إنما هو شيء يحدثه من نفسه ، ولم يؤمر باتباع نفسه ، وإنما أمر باتباع غيره . فإحداثه على الأصلين اللذين افترض الله عليه ، من إحداثه على أصل لم يؤمر باتباعه وهو رأى نفسه . فإذا كان الأصل أنه لا يجوز أن يتبع نفسه ، وعليه أن يتبع غيره . فالاستحسان يدخل على قائله كما يدخل على من اجتهد على غير كتاب ولا سنة » .

وقال في رسالته الأصولية : « الاجتهاد لا يكون إلا على مطلوب ، والمطلوب لا يكون أبدا إلا لعين قائمة تطلب بدلالة يقصد بها إليها ، أو لشبه عين قائمة . وهذا يبين أن حراما على أحد أن يقول بالاستحسان اذا خالف الاستحسان والخبر . والخبر من الكتاب والسنة عين يتوخى معناها المجتهد ليصيبه كالبيت الحرام يتأخاه من غاب عنه ليصيبه ، وليس لأحد أن يقول إلا من جهة الاجتهاد ، والاجتهاد ما وصفت من طلب الحق » .

وقال فيها أيضا : « ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم من الاستحسان وإن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز » .

وقال فيها أيضاً : « إذا كان هذا هكذا – يشير إلى تقدير المثل في قول الله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم – فيما تقل قيمته من المال ويسهل فيه الخطأ كان حلال الله وحرامه أولى أن لا يقال فيهما بالتعسف والاستحسان وإنما الاستحسان تلذذ » .

وقال فيها أيضاً : « كل واقعة نزلت بمسلم ففيها حكم لازم وعلى الحق فيها دلالة موجودة ، وعلى المسلم إذا كان فيما نزل به حكم بعينه اتباعه . وإذا لم يكن فيه حكم بعينه طلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد ، والاجتهاد القياسي . . .

وخلاصة ما يؤخذ من أقوال الشافعي أن ينكر الاستحسان لأمرين :

أولهما : أن المطلوب من المسلم أن يتبعه هو حكم الله أو رسوله أو حكم مقيس على حكم الله أو رسوله ، والحكم المستحسن للمجتهد هو حكم وضعي لا شرعي وهو مبني على التلذذ والتذوق ، وما أمر المسلم أن يتبع حكم الهوى والتلذذ .

وثانيهما : أن الله سبحانه شرع لكل واقعة حكما وبين بعض أحكامه بنصوص في كتابه أو على لسان رسوله ، وأرشد إلى الواجب اتباعه فيما لا نص فيه بقوله : « وأولى الأمر منكم » وهذا ما أراده الشافعي بقوله:أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه وبقوله : « فإن تنازعتم في شيء فَرُدّوهُ إلى الله والرسول » وهذا ما أراده الشافعي بقوله : أو قياس على بعض هذا . فليس للمسلم فيما فيه حكم بالنص إلا أن يتبع النص ، وليس له فيما لا حكم فيه بالنص إلا أن يطلب الدلالة عليه بالطريق الذي أرشد الله إليه وهو القياس . وبالأولى ليس له أن يعدل عن الحكم الذي يقتضيه النص أو القياس إلى حكم يقول إنه استحسنه ، لأن في هذا تقديم حكم الرأي على حكم الدليل الشرعي .

وأما القائلون بأن الاستحسان ليس دليلا شرعياً مستقلا ، فدليلهم أنه بالنظر في كل نوع من الأنواع التي سميت استحسانا يتبين أن سند الحكم الشرعي فيه ومصدره هو دليل من الأدلة الشرعية المسلمة . ففي النوع الأول وهو الاستحسان الذي سنده قياس خفي ترجح على قياس جلي ، الحكم ثابت بالقياس . وغاية الأمر أن الواقعة وجد فيها وصفان مناسبان ، كل واحد منهما يقتضي قياسا لتعدية حكم ، والمجتهد رجح أحد الوصفين المناسبين ، لأن مناسبته أظهر ، وتأثيرها في جلب النفع أو دفع الضرر أقوى ، كما رجح الحنفية في تزويج الولي للبكر الصغيرة مناسبة الصغر لثبوت الولاية ، وكما رجح الشافعي مناسبه البكارة لثبوت الولاية . وفي النوع الثاني وهو الاستحسان الذي سنده النص ، الحكم ثابت بالنص . وفي النوع الثالث ، الحكم ثابت

بالعرف . وفي النوع الرابع الحكم ثابت بالضرورة أو الحاجة . أي بالمصلحة وعلى هذا لا يوجد دليل مستقل يصح أن يعد دليلا شرعيا مع النص والإجماع والقياس ويسمى الاستحسان .

تحرير محل الخلاف :

قال بعض المحققين : الحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه ، لأنهم ذكروا في تفسيره أموراً لا تصلح للخلاف ، لأن بعضها مقبول اتفاقاً ، وبعضها مردود اتفاقاً ، وبعضها متردد بين القبول والرد فما هو مقبول اتفاقاً العدول عن موجب قياس إلى موجب قياس أقوى منه ، أو تخصيص موجب قياس بأقوى منه . ومما هو مردود اتفاقاً العدول عن موجب الدليل لمجرد الهوى وتوهم المصلحة . ومما هو متردد بين القبول والرد العدول عن موجب الدليل للعرف أو المصلحة ، لأن العرف أو المصلحة إن كانا معتبرين شرعاً فالاستحسان بناء عليهما مقبول ، وإذا كانا معتبرين شرعاً فالاستحسان بناء عليهما مردود .

وقال ابن السمعاني : إن كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان ويشتهيه من غير دليل فهو باطل ، ولا يقول به أحد ، وإن كان الاستحسان هو العدول عن موجب دليل إلى موجب أقوى منه ، فهذا مما لا ينكره أحد .

ومن هذا يؤخذ أن المختلفين في الاستحسان لم يحرزوا موضع النزاع واختلافهم هو اختلاف ظاهري لفظي لا حقيقي فالقائلون بالاستحسان يقررون حجية الاستحسان الذي هو عدول عن الحكم في مسألة عما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه يقتضي هذا العدول كما عرفه الكرخي من علماء الحنفية أو هو طرح القياس الذي يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه إلى حكم آخر في موضع يقتضي استثناء من ذلك القياس كما عرفه ابن رشد من علماء المالكية . أو هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي

خاص كما عرفه الطوفي وابن قدامة من علماء الحنابلة .

والمنكرون لحجية الاستحسان ينكرون الاستحسان الذي معناه استحسان المجتهد بعقله وهواه .

والاستحسان بالمعنى الأول لا ينبغي أن يخالف فيه أحد لأنه ما هو إلا ترجيح دليل على دليل يعارضه بمرجح معتبر شرعاً عند المجتهد .

والاستحسان بالمعنى الثاني لا يقول به أحد لأن ترك الحكم الذي دل عليه دليل شرعي إلى حكم بمجرد استحسان العقل والهوى هو تعطيل للأدلة الشرعية، ولهذا قال صاحب التلويح « الحق أنه لا يوجد في الاستحسان ما يصلح محلا للنزاع فإن كان النزاع في صحة العدول عن موجب دليل أقوى منه فهذا لا ينبغي أن يكون محلاً للخلاف لأن ترجيح أحد الدليلين المتعارضين بما يرجحه لا خلاف فيه . وإن كان النزاع في تسمية هذا العدول استحساناً فلا مشادة في الاصطلاح » وقال الشاطبي في الموافقات « من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المعروضة كالمسائل التي يقتضي فيها القياس أمراً إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى تفويت مصلحة من جهة أو جلب مفسدة كذلك » .

والذي وسع الخلاف في هذا الموضوع وأمثاله هو أن المقلدين للأئمة غلوا منهم في نصرة أئمتهم كان الواحد منهم إذا ظفر بعبارة لإمام غير إمامه ووجد ظاهرها فيه بعض المخالفة استمسك بهذا الظاهر وأخذ في الرد والإبطال وجاء سلفه مؤيداً ومبالغاً فتتسع مسافة الخلاف ولو أحسن الظن وحمل العبارة على محمل حسن ما وجد محل للخلاف .

هذا ابن قدامة المقدسي من أجل علماء الحنابلة المتوفي في سنة عشرين وستمائة للهجرة لما وصل إلى مبحث الاستحسان في كتابه روضة الناظر وجنة

المناظر في أصول الفقه على مذهب أحمد قال : «الاستحسان له ثلاثة معان .

١ ـ أحدها أن المراد به العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة ، وقال هذا مذهب أحمد وهو مما لا ينكر وإن اختلف في تسميته فلا فائدة في الاختلاف في الاصطلاحات مع الاتفاق في المبنى .

٢ ـ وثانيها أنه ما يستحسنه المجتهد بعقله قال : حكي عن أبي حنيفة أن هذا حجة ، ثم قال : ولنا على فساده مسلكان ، وأخذ في بيان فساد هذا المذهب على أنه مذهب أبي حنيفة مع أن أئمة علماء الحنفية كالكرخي والنسفي والبزدوي ما عرفوا الاستحسان بهذا ، وهذا صدر الشريعة من علماء الحنفية يقول : إذا ذكرنا الاستحسان فإنما نريد به القياس الخفي في مقابلة القياس الظاهر »

ولو كان المختلفون يحررون محل الاختلاف قبل تبادل الحجج لاستراح المسلمون من عناء البحث في كثير من الاختلافات اللفظية .

الاستصلاح

الاستصلاح هو أخصب الطرق التشريعية فيما لا نص فيه، وفيه المتسع لمسايرة التشريع تطورات الناس وتحقيق مصالحهم وحاجاتهم . والتشريع به يحتاج إلى مزيد الاحتياط في توخي المصلحة وشدة الحذر من غلبة الأهواء لأن الأهواء كثيراً ما تزين المفسدة فترى مصلحة وكثيراً ما يغتر بما ضرره أكبر من نفعه والبحوث التي نخصها بالبيان من بحوثه .

١ ـ تعريفه

٢ ـ مذاهب العلماء في الاحتجاج به .

٣ ـ أدلة كل مذهب .

٤ ـ شروط التشريع بالاستصلاح .

٥ ـ هل يراعى الاستصلاح حيث توجد أحكام بالنصوص ؟

١ ـ تعريفه : الاستصلاح في اللغة العربية طلب الإصلاح مثل الاستفسار طلب التفسير ،وكما يقال في الحسيات استصلح بدنه أو مسكنه يقال في المعنويات استصلح خلقه أو أدبه وفي القرآن الكريم « ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير . وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح » .

أما الاستصلاح في اصطلاح الأصوليين فهو تشريع الحكم في واقعة

لا نص فيها ولا اجماع بناء على مراعاة مصلحة مرسلة أي مطلقة بمعنى أنها مصلحة لم يرد عن الشارع دليل لاعتبارها أو لإلغائها . وبعض الأصوليين كالحنابلة يسميه الاستصلاح وبعضهم يسميه العمل بالمصلحة المرسلة .

وتوضيحاً للمراد من الاستصلاح في اصطلاح الأصوليين أقول : إن جمهور علماء المسلمين متفقون على أن الشارع الإسلامي ما شرع الأحكام لوقائع المكلفين وما أرشد إلى طرق توصل إلى التشريع فيما لا نص فيه إلا لتحقيق مصالح الناس . وأن مصالح الناس ترجع إلى حفظ ما هو ضروري لهم. وما هو حاجي. وما هو تحسيني فكل حكم شرعه الشارع فالمقصود به مصلحة من هذه المصالح ، وقد دل على هذا استقراء الأحكام الشرعية في مختلف الأبواب وفروع التقنين ووفي هذا بما لا مزيد عليه الإمام الشاطبي في الموافقات وذكر أمثلة كثيرة لا يبقى معها مجال لريب وليستقيم التكليف بالأحكام ويضبط. لم يربط الشارع أحكامه وجوداً وعدماً بنفس المصالح المقصودة منها لأن هذه المصالح قد تكون خفية ، وقد تكون مرنة غير منضبطة ويختلف فيها المكلفون باختلاف أحوالهم،بل ربطها بعلل ظاهرة منضبطة يكون ربط الحكم بها من شأنه أن يحقق المصلحة المقصودة فيه؛فلم يربط الحكم بنقل الملكية بين البائع والمشتري بتراضي المتبايعين ولأن هذا التراضي أمر نفسي خفي بل ربطه بأمر ظاهر هو مظنة هذا التراضي وهو صفة الإيجاب والقبول . ولم يربط استحقاق الشفعة بدفع الضرر عن الشريك أو الجار لأن هذا أمر مرن غير مضبوط بل ربطه بنفس الشركة أو الجوار وكل منهما أمر محدد مضبوط مظنة لتحقيق المصلحة .

فإذا نص الشارع على حكم في واقعة ودل على المصلحة التي قصدها بهذا الحكم وأرشد بمسلك من المسالك إلى العلة الظاهرة التي ربط بها حكمه لما في هذا الربط من تحقيق المصلحة فإن كل واقعة غير واقعة النص تتحقق فيها هذه العلة يحكم فيها بحكم الشارع في واقعة النص وهذا حكم بالقياس ومثاله قول الله تعالى: « ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء

في المحيض » فعبارة النص تدل على أن إيجاب اعتزال النساء في المحيض مسبب عن كونه أذى . فإذا ثبت أن حال النفاس أو حال النزيف حال أذى مثل المحيض يجب اعتزال النساء فيه شرعاً قياساً على وجوب اعتزالهن في المحيض .

ومثاله قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع » فعبارة النص تدل على أن الأمر بترك البيع مسبب عن النداء للصلاة من يوم الجمعة لأن البيع في هذا الوقت مشغلة عن ذكر الله وعن الصلاة . فكل معاملة تشغل عن ذكر الله وعن الصلاة كالإجارة والرهن حكمها حكم البيع مأمور بتركها « إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة »

ولا فرق بين أن يدل الشارع على اعتبار العلة بعينها لحكم بعينه أو يدل على اعتبار العلة بعينها لجنس الحكم أو يدل على اعتبار جنس العلة للحكم أو على اعتبار جنس العلة لجنس الحكم . في كل هذه الصور تكون العلة معتبرة من الشارع بأتم وجوه الاعتبار أو بنوع من أنواع الاعتبار والتشريع في واقعه بناء على تحقق هذه العلة فيها هو تشريع بالقياس والمصلحة المقصودة بهذا القياس وتسمى المصلحة المعتبرة من الشارع . وإذا نص الشارع على حكم في واقعة لمصلحة استأثر بعلمها وبدا لبعض الناس حكم فيها مغاير لحكم الشارع لمصلحة توهموها ولأمر ظاهر تخيلوا أن ربط الحكم به يحقق نفعاً أو يدفع ضرراً فهذه المصلحة التي توهموها مصلحة ملغاة من الشارع ولا يصح التشريع بناء عليها .

ومثاله قال تعالى : « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » فما يتوهم من المصلحة في التسوية بين الذكور والإناث في الإرث مصلحة ملغاة .

ومثاله قول الرسول لمن أفطر عامداً في رمضان « اعتق رقبة ، فإن لم تجد فصم شهرين متتابعين فإن لم تجد فأطعم ستين مسكيناً » . فالمفتي الذي أفتى الملك الذي أفطر عامداً في رمضان بأنه لا يكفر ذنبه إلا صوم شهرين متتابعين

بناء على أن هذا هو الذي يشق على الملك ويردعه قد بنى فتواه على مراعاة مصلحة ملغاة لأن الشارع رتب ما به التكفير ترتيباً خاصاً لمصلحة يعلمها بلا تفريق بين ملك وغير ملك ، فإلغاء هذا الترتيب وإلزام المفطر بهذا الإلزام للمصلحة الذي توهمها المفتي هو مراعاة مصلحة ملغاة .

فالتشريع بناء على مصلحة اعتبرها الشارع بأي نوع من أنواع الاعتبار تشريع سائغ وهو بالقياس، والتشريع بناء على مصلحة ألغى الشارع اعتبارها تشريع غير سائغ ومعارضة لمقاصد الشارع .

أما إذا حدثت واقعة لم يشرع الشارع حكماً لها.ولم تتحقق فيها علة اعتبرها الشارع لحكم من أحكامه ووجد فيها أمر مناسب لتشريع حكم . أي أن تشريع الحكم فيها من شأنه أن يدفع ضرراً أو يحقق نفعاً ، فهذا الأمر المناسب في هذه الواقعة يسمى المصلحة المرسلة ، أما وجه أنه مصلحة فلأن بناء الحكم عليه مظنة دفع ضرر أو جلب نفع . وأما وجه أنه مصلحة مرسلة أي مطلقة فلأنه لا يوجد من الشارع ما يدل على اعتبارها أو إلغائها .

فالاستصلاح هو استنباط الحكم في واقعة لا نص فيها ولا إجماع بناء على مصلحة لا دليل من الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها .

ومن أمثلته الأحكام الكثيرة التي استنبطها الصحابة فيما جد لهم من الوقائع التي لم يجدوا فيها نصاً ولم يتقدم لها نظير ، وبنوا استنباطهم فيها على مقتضى المصلحة مثل جمعهم القرآن في مصحف واحد وجمعهم المسلمين عليه ، وتدوين الدواوين وسك النقود واتخاذ السجون وتوظيف عمر الخراج على أرض السواد ، وتجديد عثمان أذاناً ثانياً لصلاة الجمعة لما كثر المسلمون ولم يكف الأذان بين يدي الخطيب لإعلامهم . ومن أمثلته في تقنيننا الحديث اشتراط الإشهاد الشرعي لصحة الوقف واشتراط سن معينة لمباشرة عقد الزواج . ومنع سماع الدعوى في عدة وقائع بينها القانون إلا بوثائق رسمية .

٢ — مذاهب العلماء في الاحتجاج بالاستصلاح : اتفقت كلمة علماء المسلمين على أنه لا مجال للقياس ولا للاستحسان ولا للاستصلاح في العبادات لأن حكام العبادات أحكام تعبدية وليس للعقل سبيل إلى إدراك المصلحة الجزئية لكل حكم منها ، ومن أجل هذا لا مجال للاجتهاد بالرأي فيها ولا منفذ فيها لقياس أو استحسان أو استصلاح . ومثل العبادات الحدود والكفارات وفروض الإرث وشهور العدة بعد الموت أو الطلاق وكل ما شرع محدداً مقدراً واستأثر الشارع بعلم المصلحة فيما حدد به .

وأما ما عدا أحكام العبادات والمقدرات من أحكام المعاملات والتعزيرات وطرق الإثبات وأحكام الإجراءات وسائر أنواع الأحكام . فقد اختلف العلماء في الاستنباط فيها بالاستصلاح أو بعبارة أخرى بالعمل فيها بناء على مراعاة المصلحة المرسلة .

(أ) فذهب مالك وأحمد ومن تابعوهما إلى أن الاستصلاح طريق شرعي لاستنباط الحكم فيما لا نص فيه ولا إجماع ، وأن المصلحة المطلقة التي لا يوجد من الشرع ما يدل على اعتبارها ولا على إلغائها مصلحة صالحة لأن يبنى عليها الاستنباط .

(ب) وذهب الشافعي ومن تابعوه إلى أنه لا استنباط بالاستصلاح ومن استصلح فقد شرع كمن استحسن والاستصلاح كالاستحسان متابعة للهوى .

(ج) وذهب الطوفي من علماء الحنابلة إلى أن الاستصلاح هو الدليل الشرعي الأساسي في المعاملات ونحوها مما شرعت فيها الأحكام لجلب النفع للناس ودفع الضرر عنهم . وليس هو الدليل الشرعي الأساسي فيما لا نص فيه فحسب بل هو الدليل الشرعي الأساسي وسبيل التشريع العام فيما لا نص فيه وفيما فيه نص وفي المعاملات والسياسات الدنيوية حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله .

(د) أما الحنفية: فالمشهور في بعض الكتب أنهم لا يأخذون بالاستصلاح

ولا يعتبرونه دليلاً شرعياً ، وهذا فيه نظر من عدة وجوه :

أولها : أن فقهاء العراق في مقدمة القائلين بأن أحكام الشرع مقصود بها المصالح ، ومبنية على علل هي مظان تلك المصالح ، وهم يأخذون بمعقول النص وروحه وكثيراً ما أولوا ظواهر النصوص استناداً إلى معقولها ، والمصلحة المقصودة منها ، فمن البعيد أن الحنفية وهم زعماء فقهاء العراق لا يأخذون بالاستصلاح . وقد كان زعيمهم إبراهيم النخعي في بحوثه وآرائه لا يصدر إلا عن المصلحة ولا يحتج إلا بالمصلحة . وهم في مقدمة العباسيين وعمادهم مراعاة المصلحة .

وثانيها : أنهم قالوا بالاستحسان ، وجعلوا من أنواعه الاستحسان الذي سنده العرف والضرورة والمصلحة ، وما هذا الا استناداً إلى المناسب المرسل ، وأخذاً بالاستصلاح ، ومن البعيد أن يأخذوا بالاستحسان وينكروا الاستصلاح . والذي أستظهره أن الحنفية ممن يحتجون بالاستصلاح .

أدلة المحتجين بالاستصلاح : استدل المحتجون بالاستصلاح على حجيته بعدة أدلة :

أولها : أن الأحكام الشرعية إنما شرعت لتحقيق مصالح الناس أي لجلب النفع لهم ، أو دفع الضرر عنهم . فإذا كانت الواقعة فيها حكم شرعي بنص أو إجماع أو بقياس على ما فيه نص ، أو إجماع ، يتبع فيها هذا الحكم ، لأنه يحقق المصلحة . وإذا لم يكن فيها حكم بنص ، ولا إجماع ، ولا قياس ، يتوخى الحكم فيها بما يحقق المصلحة . ويكون الحكم المتوخى به المصلحة فيها حكماً شرعياً لأنه على سنن أحكام الله ورسوله ، التي ما قصد بتشريعها إلا تحقيق مصالح الناس ، والتي دل استقراؤها على أنها تدور مع مصالح الناس ، وحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله .

وثانيها : أن الوقائع تحدث والحوادث تتجدد .والبيئات تتغير . والضرورات والحاجات تطرأ ، وقد تطرأ للأمة اللاحقة طوارىء لم تطرأ للأمة السابقة .

وقد تستوجب البيئة مراعاة مصالح ما كانت تستوجبها البيئة من قبل . وقد يؤدي تغير أخلاق الناس وذممهم وأحوالهم إلى أن يصير مفسدة ما كان مصلحة . فلو لم يفتح للمجتهدين باب التشريع بالاستصلاح ، ضاقت الشريعة الإسلامية عن مصالح العباد . وقصرت عن حاجاتهم ، ولم تصلح لمسايرة مختلف الأزمنة والأمكنة والبيئات والأحوال ، مع أنها الشريعة العامة لكافة الناس وخاتمة الشرائع السماوية كلها .

وثالثها : أن المصالح التي بنيت عليها أحكام الشريعة هي مصالح معقولة . أي أن العقل يدرك حسن ما طالب به الشرع ويدرك قبح ما نهى عنه ، والله سبحانه أوجب علينا ما تدرك عقولنا نفعه ، وحرم علينا ما تدرك عقولنا ضرره . فإذا حدثت واقعة لا حكم للشارع فيها ، وبنى المجتهد حكمه فيها ما أدركه عقله من نفع فيها أو ضرر كان حكمه على أساس صحيح معتبر من الشارع ولذلك لم يفتح باب الاستصلاح إلا في المعاملات ونحوها مما تعقل معاني أحكامها ، وأما العبادات ونحوها مما لا تعقل معاني أحكامها ، فلا تشريع فيها بالاستصلاح .

ورابعها : أن أصحاب رسول الله لما طرأت لهم بعد وفاته حوادث وجدت لهم طوارىء شرعوا لها ما رأوا أن فيه تحقيق المصلحة ، وما وقفوا عن التشريع لأن المصلحة ما قام دليل من الشارع على اعتبارها ، بل اعتبروا أن ما يجلب النفع أو يدفع الضرر حسبما أدركته عقولهم هو المصلحة ، واعتبروه كافياً لأن يبنوا عليه التشريع والأحكام . فأبو بكر جمع القرآن في مجموعة واحدة ، وحارب مانعي الزكاة ، ودرأ القصاص عن خالد بن الوليد وعمر أوقع الطلاق الثلاث بكلمة واحدة ، ووقف تنفيذ حد السرقة في عام المجاعة ، وقتل الجماعة في الواحد . وعثمان جدد أذاناً ثانياً لصلاة الجمعة ، وورث زوجة المطلق الفار من إرث زوجته . ودون مصحفاً واحداً وجمع المسلمين عليه . وعلي حرق الرافضة .

وأصحاب هذا المذهب يتفقون في الأساس فقط وأصحاب مذهب

التحسين والتقبيح العقليين الذين ذهبوا إلى أن ما حسنه العقل فهو الحسن وهو المطلوب لله أن يفعله المكلف ويثاب على فعله ويعاقب على تركه . وما قبحه العقل فهو القبيح وهو المطلوب لله أن يتركه المكلف ويعاقب على فعله ويثاب على الكف عنه . ويتفقون في الأساس أيضاً . وأصحاب مذهب المنفعة الذين ذهبوا إلى أن الخير ما جلب أكبر نفع لأكثر عدد ، والشر ما جلب الضرر . وإنما قلت إنهم يتفقون معهم في الأساس فقط ، لأن المحتجين بالاستصلاح لا يرون أن الحكم بالاستصلاح هو حكم العقل وإنما يرون أنه حكم الشرع اهتدى اليه العقل على ضوء أحكام الشارع ومبادئه العامة ومقاصده من التشريع .

وهذه أقوال أربعة من زعماء المحتجين بالاستصلاح أنقلها بنصوصها لتتبين منها وجهات نظرهم .

قال العز بن عبد السلام [1]: إن معظم مصالح الدنيا ومفاسدها معروف بالعقل، وذلك في معظم الشرائع ؛ إذ لا يخفى على كل عاقل قبل ورود الشرع أن تحصيل المصالح المحضة ودرء المفاسد المحضة عن نفس الإنسان وعن غيره محمود حسن ، وأن تقديم أرجح المصالح فأرجحها محمود حسن ، وأن درء أفسد المفاسد فأفسدها محمود حسن .

واتفق العقلاء ، وكذلك الشرائع على تحريم الدماء ، والأبضاع ، والأموال والأعراض ، وعلى تحصيل الأفضل فالأفضل من الأقوال والأعمال .

ومصالح الدارين وأسبابها ومفاسدها لا تعرف إلا بالشرع ، فإن خفي منها شيء طُلب من أدلة الشرع ، وأما مصالح الدنيا وأسبابها ومفاسدها فمعروفة بالضرورات والتجارب والظنون . ومن أراد أن يعرف المناسبات والمصالح والمفاسد راجحها ومرجوحها فليعرض ذلك على عقله ليتدبر أن الشرع لم يرد به ثم ليبن عليه الأحكام فلا يكاد حكم منها يخرج عن ذلك إلا ما تعبّد الله به عباده ، ولم يوقفهم على مصلحته أو مفسدته ، والشريعة كلها مصالح، أو تدرأ مفاسد أو تجلب مصالح، فإذا سمعت الله تعالى يقول : «يا أيها

---

١ – توفي في جمادي الأولى سنة ٦٦٠ هـ.

الذين آمنوا » تدبر نداءه فلا تجد إلا خيراً يحثك عليه أو شراً يزجرك عنه .

وقال أبو إسحاق[1] الشاطبي الفقيه المالكي :«إن الشريعة إنما وضعت لمصالح العباد ، علم ذلك بالاستقراء ، فإن الله تعالى يقول في بعثة الرسل : « رسُلاً مُبَشّرِينَ وَمُنْذِرِينَ لِئَلاّ يكُونَ لِلنّاسِ على الله حُجَةٌ بَعْدَ الرّسُل » والتعاليل لتفاصيل الأحكام من الكتاب والسنة أكثر من أن تحصى ، كقوله تعالى بعد آية الوضوء : « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم » وكقوله تعالى في الصيام : « كتِبَ عليكم الصيام كما كُتِبَ على الذين من قبلكم لعلكم تتقون » وفي الصلاة : « إن الصلاةتنهى عن الفحشاء والمنكر » وفي القبلة : « فَوَلّوا وجوهكم شَطْرَهُ لِئَلاّ يَكُونَ لِلنّاسِ عَلَيْكُمْ حُجّةٌ » وفي الجهاد : « أذِنَ لِلّذِينَ يقاتَلُونَ بِأنّهُمْ ظُلِمُوا » وفي القصاص : « وَلَكُمْ في القِصَاص حَيَاةٌ يا أولي الألْبَاب » .

وقال محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم [2] : « إن الشريعة الباهرة مبناها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، كل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ، ورحمته بين خلقه ، وظله في أرضه ، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله أتم دلالة وأصدقها ، وهي نوره الذي به أبصر المبصرون . وهداه الذي به اهتدى المهتدون ، وشفاؤه التام الذي به دواء كل عليل ، وطريقه المستقيم الذي من استقام عليه فقد استقام على سواء السبيل ، وهي العصمة للناس وقوام العالم . فيها يمسك الله السموات والأرض أن تزولا .

---

١ - توفي سنة ٧٩٠ هـ.

٢ - توفي سنة ٧٥١ هـ.

وقال القرافي : «ومما يؤكد العمل بالمصلحة المرسلة أن الصحابة عجلوا أموراً لمطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار نحو كتابة المصحف ولم يتقدم فيه أمر ولا نظر وولاية العهد من أبي بكر لعمر وترك الخلافة شورى وتدوين الدواوين وعمل السكة للمسلمين وغير ذلك مما عملوه لمطلق المصلحة» .

أدلة من لا يحتجون بالاستصلاح : الذين لا يحتجون بالاستصلاح في التشريع فريقان : الأول نفاة القياس وهؤلاء حجتهم على إنكار الاستصلاح هي حجتهم على إنكار القياس ، وهي أن أحكام الشارع غير مبنية على علل متسقة تدركها عقولنا . وما نص عليه في كتابه وعلى لسان رسوله كفيل بتحقيق مصالح الناس وما سكت عنه فهو على البراءة الأصلية التي خلق الله عليها الأشياء . فهؤلاء لا يقولون بعلل ولا تعليل ولا بقياس ولا استحسان ولا استصلاح ، ويرون أن ما شرعه الله غير محتاج إلى ما يكمله .

والفريق الثاني : جمهور من مثبتي القياس في مقدمتهم الإمام الشافعي وقد استدلوا على مذهبهم بعدة أدلة .

أولها : أن الله سبحانه لم يترك الناس سدى من غير أن يشرع لهم ما يكفل تحقيق مصالحهم ، فشرع لهم أحكاماً في كتابه وعلى لسان رسوله ، وأحكاماً هدى إليها أهل الذكر والعلم فلم يختلفوا فيها ، وأرشدهم إلى أنهم إن تنازعوا في شيء ليس فيه حكم لله ولا لرسوله ولم يجمع أهل العلم على حكم فيه : أن يردوه إلى حكم الله ورسوله بالقياس عليه أو بأي طريق من طرق رده إليه ، وبهذا أكمل لهم شرعه وأتم عليهم نعمته وامتن عليهم بقوله : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي » . ولو كانت مصالح الناس تحتاج إلى أكثر مما شرعه ومما أرشد إلى الاهتداء به لبينه ولم يتركه لأنه سبحانه قال على سبيل الاستنكار : « أيحسب الإنسان أن يترك سدى » .

وثانيها : أن المصالح الحقيقية للناس قد راعاها الشارع إما بتشريع أحكام لها ، وإما بالدلالة على اعتبارها لبناء التشريع عليها . فما لم يشرع الشارع له

أحكاماً من مصالح الناس . ولم يدل على اعتباره بوجه من وجوه الاعتبار لا يصح بناء تشريع عليه لأن الحكم إنما يكون شرعياً إذا شرعه الشارع أو بنى عليه ما اعتبره الشارع أساساً لبناء الحكم عليه والاستصلاح هو حكم مبني على مصلحة لم يعتبرها الشارع فهو ليس بحكم شرعي .

وثالثها : أن المصلحة المرسلة أي المطلقة عن دليل اعتبار ودليل إلغاء هي مترددة بين الاعتبار والإلغاء . ومحتملة لأن تلحق بالمعتبر أو بالملغى . وفي هذا الاحتمال مجال للأهواء والشهوات والاغراض فقد يغلب على المرء هواه فيرى المفسد مصلحة والمضرة منفعة . وقد تخفى على العقل بعض وجوه الضرر والفساد فيحكم على غير علم تام . فالإنسان مهما كمل لايأمن من أن يغلب هواه عليه وأن يزين له السوء حسناً ، والعقل مهما نضج لا يأمن من أن تخفى عليه بعض وجوه النفع والضرر ، فالتشريع بناء على المصلحة المرسلة عرضة للزلل وباب للتشريع بالهوى .

وهذا المبدأ يتفق وأصحاب مذهب التحسين والتقبيح الشرعيين الذين ذهبوا إلى أن الحسن هو ما حسنه الشرع ، والقبيح ما قبحه الشرع . وما حسنه الشرع هو المطلوب للشارع فعله وهو الذي يثاب فاعله ، وما قبحه الشرع هو المطلوب للشارع الكف عنه وهو الذي يعاقب فاعله . ويتفق ومذهب أصحاب القانون الذين ذهبوا إلى أن مقياس الخير والشر القانون . فما أمر به القانون أو أباحه فهو الخير وما منعه القانون فهو الشر . وأنا أورد بعض أقوال زعماء هذا المذهب لتتبين من أقوالهم وجهات نظرهم .

قال الإمام الشافعي : « لا يجوز الحكم أو الافتاء إلا من جهة خبر لازم وذلك الكتاب أو السنة . أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه . أو قياس على بعض هذا » فما أبطل به الاستحسان هو الذي أبطل به الاستصلاح وهو أن الحكم الشرعي لا يكون إلا عن نص أو اجماع أو قياس مبني على علة اعتبرها الشارع لحكمه .

وقال الآمدي في كتابه الإحكام : المصالح على ما بينا منقسمة إلى ما

عهد من الشارع اعتبارها ، وإلى ما عهد منه إلغاؤها . والمرسلة مترددة بين ذينك القسمين . وليس إلحاقها بأحدهما أولى من إلحاقها بالآخر فامتنع الاحتجاج بالمرسل دون شاهد بالاعتبار يبين أنه من قبيل المعتبر دون الملغى »

وقال الغزالي في كتابه المستصفى : « هذا — أي القول بالمصالح — من الأصول الموهومة إذ من ظن أنه أصل خامس فقد أخطأ لأنا رددنا المصلحة إلى حفظ مقاصد الشرع . ومقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والإجماع فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع وكانت من المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشارع فهي باطلة مطروحة ، ومن صار إليها فقد شرع كما أن من استحسن فقد شرع ، وكل مصلحة رجعت الى حفظ مقصود شرعي علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة والإجماع فليس خارجاً عن هذه الأصول ، ثم قال : ما معناه : إذا فسرنا المصلحة المرسلة بالمصلحة الراجعة إلى حفظ مقصود شرعي فهم بالكتاب والسنة والإجماع فلا وجه للخلاف في اتباعها . ويجب القطع بكونها حجة لأنها في الحقيقة ليست مرسلة بل معتبرة من الشارع . وإذا فسرنا المصلحة المرسلة بالمصلحة التي لا ترجع إلى حفظ مقصود شرعي فهم بالكتاب والسنة والإجماع فلا وجه لاتباعها ولا لبناء تشريع عليها — وختم بحثه بقوله — وبهذا تبين أن الاستصلاح ليس أصلاً خامساً برأسه بل من استصلح فقد شرع كما أن من استحسن فقد شرع » .

الطوفي ، ومذهبه ، وأدلته : الطوفي هو سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد الطوفي الصرصري البغدادي الحنبلي الملقب بنجم الدين . ولد بقرية طوفي من أعمال صرصر بالعراق في سنة ٦٧٣ هـ ونشأ بها . ثم رحل إلى بغداد وتثقف بعلمائها . ثم سافر إلى دمشق واجتمع فيها بابن تيمية ، ثم ذهب الى مصر وقرأ على أبي حيان النحوي مختصره لكتاب سيبويه ، وقد عرف عنه التشيع ونقد بعض كبار الصحابة والتطرف في بعض آرائه ، وقد ابتلى من أجل هذا بالتعزير والتشهير والحبس ثم حج وأقام بمكة زمناً طويلاً ،

وله مؤلفات عديدة في الحديث والأصول ، وتوفي ببلدة الخليل في سنة ٧١٦هـ ودفن بها .

ومن مؤلفات الطوفي كتاب في شرح الأربعين حديثاً النووية . وقد أفاض في شرح الحديث الثاني والثلاثين وهو قوله صلى الله عليه وسلم: « لا ضرر ولا ضرار[1] » فجاء رسالة في رعاية المصالح المرسلة .

أما خلاصة ما ذهب إليه في مراعاة المصلحة المرسلة فهي أنه قسم الأحكام الشرعية إلى قسمين : أحكام العبادات والمقدرات التي لا مجال للعقل في فهم معانيها بالتفصيل . وهذه المعول عليه فيها نصوص القرآن والسنة وإجماع المجتهدين من الأمة . وأحكام المعاملات والسياسات الدنيوية التي للعقل مجال في فهم معانيها والمقصود بها . وهذه المعول عليه فيها هو المصلحة أي جلب النفع ورفع الضرر فإذا لم يكن للشارع حكم في وقائع منها حكمنا فيها بما يحقق المصلحة .وإذا كان للشارع حكم في وقائع منها واتفق حكم نص الشارع والمصلحة التي تدركها عقولنا نفذنا النص ، وإذا كان حكم نص الشارع أو الإجماع لا يتفق والمصلحة التي تدركها عقولنا ولم يمكن الجمع بينهما فالمعول عليه هو المصلحة ، وهذه بعض عباراته أنقلها بنصوصها ليتبين منها مذهبه ووجهة نظره :

قال : « واعلم أن هذه الطريقة التي قررناها مستفيدين لها من الحديث المذكور – لا ضرر ولا ضرار – ليست هي القول بالمصالح المرسلة على ما ذهب إليه مالك ، بل هي أبلغ من ذلك . وهي التعويل على النصوص والإجماع في العبادات والمقدرات . وعلى اعتبار المصالح في المعاملات وباقي الأحكام . وإنما اعتبرنا المصلحة في المعاملات دون العبادات وشبهها لأن العبادات حق للشارع خاص به . ولا يمكن معرفة حقه كماً وكيفاً وزماناً ومكاناً إلا من جهته فيأتي به العبد على مارسم له. ولأن غلام أحدنا لايعد مطيعاً خادماً له إلا إذا امتثل ما رسم سيده وفعل ما يعلم أنه يرضيه . فكذلك هاهنا ، وهذا لا

[1] – نشرنا في آخر هذا الكتاب نص هذه الرسالة منقحة محررة من أوثق مصادرها .

تقيدت الفلاسفة بعقولهم ورفضوا الشرائع أسخطوا الله عزوجل وضلوا وأضلوا . وهذا بخلاف حقوق المكلفين فإن أحكامها سياسية شرعية وضعت لمصالحهم ، وكانت هي المعتبرة ، وعلى تخصيصها المعول » .

وقال : « المصلحة وباقي الأدلة إما أن تتفقا ، أو تختلفا . فإن اتفقا فبها ونعمت، كما اتفق النص والإجماع والمصلحة على إثبات الأحكام الكلية الخمسة وهي : قتل القاتل والمرتد . وقطع يد السارق . وحد القاذف والشارب. ونحو ذلك من الأحكام التي وافقت فيها الأدلة المصلحة . وإن اختلفا فإن أمكن الجمع بينهما بوجه ما جمع ، مثل أن تحمل بعض الأدلة على بعض الأحكام والأحوال دون بعض على وجه لا يخل بالمصلحة ولا يفضي إلى التلاعب بالأدلة أو بعضها . وإن تعذر الجمع بينهما قدمت المصلحة على غيرها لقوله صلى الله عليه وسلم :«لا ضرر ولا ضرار». وهو خاص في نفي الضرر المستلزم لرعاية المصلحة فيجب تقديمه . ولأن المصلحة هي المقصودة من سياسة المكلفين بإثبات الأحكام ، وباقي الأدلة كالوسائل ، والمقاصد واجبة التقديم على الوسائل » .

وخلاصة أدلته على ما ذهب إليه هي :

أولاً :ما ورد عن الشارع من نصوصه وتعليلات أحكامه الدالة على أنه ما قصد من تشريعه الأحكام إلا تحقيق مصالح الناس مثل « ولكم في القصاص حياة » . ومثل « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج » . وغير ذلك مما يدل على مقصود الشارع من تشريعه ، فإذا سكت عن حكم واقعة من وقائع معاملات الناس . وحقوقهم بعضهم على بعض . ونظمهم السياسية الدنيوية ، فقد أحالهم على عقولهم يستنبطون بها في هذه الوقائع الأحكام التي تحقق مصالحهم وهي المقصودة للشارع من التشريع .

وهذا الدليل يتفق وما استدل به المالكية والحنابلة على رعاية المصلحة المرسلة فيما لا نص على حكمه ولا إجماع .

وثانياً:ما ورد في السنة الصحيحة من قوله صلى الله عليه وسلم :«لا ضرر

ولا ضرار » فهذا نص خاص قاطع في نفي كل ضرر وكل ضرار لأن النكرة في سياق النفي من صيغ العموم . فإذا دل نص على حكم وكان تطبيق حكم هذا النص في واقعة من الوقائع يستلزم ضرراً بأن كان يفوت مصلحة أو يجلب مفسدة يخصص النص بما عدا هذه الواقعة عملاً بحديث لا ضرر ولا ضرار ، كما هو الشأن في تعارض العام والخاص ، يعمل بالعام فيما عدا الخاص وعلى هذا لا يكون التعارض في التحقيق بين النص والمصلحة ؛ وإنما هو بين النص ونص: لا ضرر ولا ضرار . ولا نكون أهملنا العمل بالنص مراعاة للعمل بالمصلحة . وإنما . خصصنا عموم النص أو قيدنا إطلاقه نص الحديث لا ضرر ولا ضرار . وكأن الشارع لما شرع أحكامه في المعاملات والسياسة الدنيوية قيد تنفيذها بما إذا لم يستلزم تنفيذها ضرراً . ودل على هذا التقييد بقوله : لا ضرر ولا ضرار .

وثالثاً : أن النصوص والإجماع وسائر الأدلة والأمارات الشرعية إنما هي وسائل لتحقيق مصالح الناس ، ورعاية المصلحة هي من أدلة الأحكام والأمارات عليها ؛ فإذا عملنا بالمصلحة في مقابلة ما دل عليه دليل من هذه الأدلة فنحن نعمل بدليل راجح في مقابلة دليل مرجوح ، لأن المصلحة هي المقصودة والمقاصد واجبة التقديم على الوسائل . ولهذا نسخت بعض الأحكام الشرعية بأخرى رعاية لتبدل المصالح .

شروط المصلحة التي يبنى عليها التشريع : من يحتجون بالمصلحة المرسلة لم يتركوها مطلقة عن كل قيد وشرط بل احتاطوا وشرطوا فيها شروطاً تحول دون اتخاذها ذريعة للأهواء والمظالم والعبث بالتشريع لأن اعتبار المصلحة أمر تقديري فما لم يحتط فيه كان سبيل الزلل .

الشرط الأول : أن يثبت بالبحث وإنعام النظر والاستقراء أنها مصلحة حقيقية لا وهمية . أي أن بناء الحكم عليها يجلب نفعاً أو يدفع ضرراً لأنها بهذا تكون مصلحة متفقة في الجملة والمصالح التي قصدها الشارع . وأما

مجرد توهم المصلحة من غير بحث دقيق ولا استقراء شامل ومن غير موازنة عادلة بين وجوه النفع ووجوه الضرر . فهذه مصلحة وهمية لا يسوغ بناء التشريع عليها . فمن يتوهم المصلحة في سلب الزوج حق التطليق وجعل التطليق للقاضي . أو في منح الزوجة حق التطليق وجعلها مساوية للزوج فيه ، لا يصح له التشريع بناء على مجرد هذا التوهم بل لا بد من البحث الدقيق والاستقراء والموازنة بين المنافع والمضار ، وكذا كل مصلحة يتجه الرأي إلى التشريع لتحقيقها .

الشرط الثاني : أن تكون هذه المصلحة الحقيقية عامة ، أي ليست مصلحة شخصية أي أن بناء الحكم عليها يجلب نفعاً لأكثر الناس ، أو يدفع ضرراً عن أكثرهم . وأما المصلحة التي هي نفع لأمير أو عظيم أو أي فرد بصرف النظر عن أكثر الناس فلا يصح بناء التشريع عليها لأنها إذا كانت عامة كانت مقصودة للشارع ولو كانت فيها مضرة لفرد أو أفراد .

الشرط الثالث : أن تكون هذه المصلحة الحقيقية العامة لا يعارض التشريع لها نصا ولا إجماعا . فلا تصح رعاية المصلحة في مساواة الابن بالبنت في الإرث ولا في تعديل فروض أصحاب الفروض في الإرث ، ولا في تغيير أي حكم ثبت بالنص أو الإجماع لأن الحكم الذي ثبت بالنص أو الإجماع ما قصد به إلا المصلحة . وهي مصلحة حقيقية عامة بتقدير الشارع أو بتقدير المجتهدين متفقين . فالمصلحة التي تعارض هذا الحكم يغلب أن تكون وهمية ، ولا يعدل عن مصلحة حقيقية بمصلحة وهمية .

موازنة — ومن الموازنة بين المذاهب الثلاثة في الاستصلاح يتبين أن الذين لا يحتجون بالمصلحة المرسلة إطلاقاً لا فيما لا نص على حكمه ، ولا فيما ورد نص بحكمه قد سدوا بابا من أبواب اليسر ورفع الحرج في التشريع . وأظهروا الشريعة قاصرة عن مصالح الناس وعن مسايرة التطورات . ودعواهم أن الشريعة كفلت كل مصلحة في أي زمن وأية بيئة إنما تسلم لهم إذا اعتبروا

المصلحة سندا للتشريع وسلموا بأنه حيث توجد المصلحة فثم شرع الله . وبهذا أكمل الله للمسلمين دينهم لأنه شرع لهم أحكاما في وقائع ، ومهد لهم عدة سبل للوصول إلى أحكام ما لم يشرع فيه ، وجعل من هذه السبل أن يتوخوا مصلحتهم حيث كانت ، وأن الطوفي الذي يحتج بالمصلحة المرسلة إطلاقا فيما لا نص فيه . وفيما فيه نص ، قد فتح بابا للقضاء على النصوص . وجعل حكم النص أو الإجماع عرضة للنسخ بالرأي لأن اعتبار المصلحة ما هو إلا مجرد رأي وتقدير . وربما قدر العقل مصلحة ، وبالروية والبحث قدرها مفسدة . فتعريض النصوص لنسخ أحكامها بالآراء وتقدير العقول خطر على الشرائع الإلهية وعلى كل القوانين . ثم هو قد سلم أن العبادات والمقدرات لا مجال للاستصلاح فيها ، وسلم أن الأحكام الكلية التي شرعت لحفظ الضروريات والحاجيات لا مجال فيها أيضا للاستصلاح لأنها متفقة دائما والمصلحة . ولم يورد أي مثال لجزئية ورد نص بحكمها وعارض هذا الحكم المصلحة ليتبين مقياس المصلحة في رأيه وعلى أي ضوء يقدرها .

وخير المذاهب الثلاثة مذهب من يحتجون بالاستصلاح في الوقائع التي لا حكم فيها بنص ولا إجماع . إذا كانت المصلحة التي قصدت بالتشريع لها قد ثبت بالبحث أنها مصلحة حقيقية عامة لأنه متى ثبت ببحث الجماعة التشريعية أنها مصلحة حقيقية عامة فهي مصلحة اعتبر الشارع مثلها أو جنسها . والحكم الذي يحققها حكم شرعي لأنه مثل ما حكم به الشارع أو من جنسه .

رأي الغزالي : حجة الإسلام الغزالي من أتباع الشافعي في إنكار الاحتجاج بالاستصلاح . وقد قرر أن من استحسن فقد شرع ، ومن استصلح فقد شرع ، ولكنه فرض أن المصلحة في بعض الحالات قد تعارض حكم النص أو الإجماع فوضع قانونا للترجيح عند تعارضهما وقال : إذا عارضت مصلحة حكما ثبت بالنص أو الإجماع فهذا في الحقيقة تعارض بين مصلحتين : مصلحة حكم النص أو الإجماع والمصلحة المعارضة ، فإذا ترجحت المصلحة المعارضة

بمرجحاتها المعتبرة روعيت وعدل عن حكم النص أو الإجماع . ومرجحات المصلحة المعارضة أمور ثلاثة : أن تكون ضرورية ، وقطعية ، وكلية .
ومثل لهذا بما إذا تترس الكفار ببعض الأسرى من المسلمين ، وعلم أن المسلمين يستأصلون إذا لم يرموا من تترس بهم الكفار من المسلمين ، فإنه يباح لهم رمي المسلمين المتترس بهم ، فهذه الإباحة تعارض حكما ثبت بالنص وهو تحريم قتل المسلم ، ولكنها لمصلحة ضرورية هي حفظ حياة جميع المسلمين ، وقطعية لأننا قطعنا بأننا لولم نرم من تترسوا بهم من المسلمين استوصل المسلمون ؛ وكلية لأنها لا تتعلق بنجاة فرد أو أفراد ، بخلاف ما لو تترس أهل قلعة ببعض أسرى المسلمين لا يباح رمي المسلم المتترس به للوصول إلى فتح القلعة ، لأن فتحها ليس ضروريا لحياة المسلمين ، وبخلاف ما لو خيف أو ظن أننا لو لم نرم الأسرى استوصلنا ، لأن هذا الظن أو الخوف لا يجعل المصلحة قطعية ، وبخلاف ما لو زاد عدد راكبي سفينة عن حمولتها ولو لم يرم أحدهم غرقوا لا يباح هذا الرمي لأن المصلحة جزئية .

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة في المصلحة التي عارضت حكم النص روعيت وعدل عن حكم النص وكان اعتبارا لأرجح المصلحتين . وفي الحقيقة ينبغي أن يكون هذا رأي العلماء جميعهم لا رأي الغزالي وحده ، لأن الحال التي توافرت فيها هذه الأمور الثلاثة هي حال الضرورة ، والضرورات تبيح المحظورات .

وجميع الأحكام الشرعية إنما كلف بها المكلفون في حال الاختيار ، ومن المتفق عليه أن أخف الضررين يرتكب لاتقاء أشدهما ، والضرر الخاص يتحمل دفعاً للضرر العام . ولهذا يقتل القاتل حفظاً لحياة الناس ، وتقطع يد السارق حفظا لأموالهم وتضحي المصلحة الخاصة في سبيل المصلحة العامة .

الخلاصة — والذي خلص لي من إنعام النظر في المذاهب في الاستصلاح ووجهات نظر المختلفين نتائج ثلاث :

أولها : أن الحكم الشرعي في معاملات الناس إذا ثبت بنص قطعي أو

إجماع صريح لا يعدل عنه إلى حكم غيره إلا إذا قضت بهذا العدول ضرورة لأن مواضع الضرورات مستثناة بالنص فالعدول يكون عن حكم نص إلى حكم نص.

وثانيها : أن الواقعة من وقائع معاملات الناس التي لم يثبت فيها حكم بنص قطعي ولا إجماع صريح إذا أمكن الحكم فيها بالقياس على واقعة حكم فيها النص أو الإجماع يحكم فيها بمقتضى القياس ، وإذا لم يمكن الحكم فيها بمقتضى القياس يحكم فيها بما يحقق مصلحة الناس أي بما يدفع عنهم ضرراً أو يجلب لهم نفعاً .

وثالثها : أن تقدير الضرورة التي يعدل بها عن حكم النص في الحال الأولى وتقدير المصلحة التي يبنى عليها الحكم فيما لا نص فيه في الحالة الثانية يجب أن يكونا من اختصاص الجماعة التشريعية في الأمة المكونة من العدول ذوي البصيرة النافذة بأحكام الشريعة ومصالح الدنيا ، ولا يوكل أمر واحد منهما إلى فرد أو أفراد ، فإن الهوى قد يغلب على العقل فيقدر الكمالي ضروريا ، ويقدر المتوهم قطعياً ، ويقدر المفسدة مصلحة ، والخوف من هذا هو الذي حمل بعض العلماء على إنكار طريق الاستصلاح سدا للذريعة إلى المفاسد والمظالم ، فإذا أمنا من هذا الخوف بوسائل الاحتياط فيمن يستصلحون فهو طريق الحق والسداد ومسايرة مصالح الناس .

رسالة الطوفي في رعاية المصلحة

كتب نجم الدين الطوفي العالم الحنبلي المتوفي سنة ٧١٦ هـ شرحا للأربعين حديثا النووية ولما وصل إلى شرح الحديث الثاني بعد الثلاثين وهو قوله صلى الله عليه وسلم: « لا ضرر ولا ضرار » أسهب في شرحه وأفاض في بحث أصولي في أدلة الشرع على الأحكام ومنزلة رعاية المصلحة من هذه الأدلة وتحدث في هذا بما لم يسبق إليه فيما نعلم.

جرد الشيخ جمال الدين القاسمي أحد علماء دمشق شرح هذا الحديث وطبعه رسالة خاصة وأوضح في حواشيها ما يحتاج إلى الإيضاح.

نشرت مجلة المنار في المجلد التاسع في الجزء العاشر الصادر في اكتوبر عام ١٩٠٦ م هذه الرسالة بحواشيها.

واختار الأستاذ مصطفى زيد المدرس بكلية دار العلوم — الطوفي ورأيه في رعاية المصلحة — موضوعا لرسالته — وعني بالتحقيق والاستيثاق من نص الرسالة فرجع إلى مخطوطتين بالخزانة التيمورية بدار الكتب المصرية لشرح الطوفي للأربعين النووية إحداهما برقم ٣٢٨ حديث وثانيتهما برقم ٤٤٦ حديث، ورجع إلى تجريدة الشيخ جمال الدين القاسمي. وإلى الجزء العاشر من المجلد التاسع من المنار ووازن وقابل بين هذه المصادر واستخلص رسالة الطوفي منقحة محررة وعنه ننشرها فيما يلي. وهي رسالة قيمة تقرر نظريات جريئة وفيها مواضع جديرة بالبحث والنظر. والذي ينقصها هو الاستشهاد بجزئيات عملية على نظرياتها الكلية.

نص رسالة الطوفي :

الحديث الثاني والثلاثون*

عن أبي سعيد سعد بن مالك بن سنان الخدري (رضي الله عنه) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا ضرر ولا ضرار » . حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً ، ورواه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيي عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا ، فأسقط أبا سعيد وله طرق يقوى بعضها ببعض .

الكلام على إسناده ، ولفظه ، ومعناه :

سند الحديث :

أما إسناده ، فالكلام عليه في مواضع :

أحدها : (الخدرى) بخاء معجمة مضمومة ، بعدها دال مهملة ساكنة ، نسبة إلى قبيلة من الأنصار. وإنما ضبطت هذا اللفظ على ظهوره لأن بعض مشايخنا الفضلاء أخبرني أنه تنازع هو وولده — وكان أيضاً فاضلا — في الخدرى ، هل هو بدال معجمة أو مهملة ؟ وأنهما سألا عن ذلك الشيخ تقي

* انظر الصفحة رقم ١٦٨ من المخطوطة رقم ٣٢٨ حديث تيمور ، وهي التي رمزنا اليها بالحرف (ا) ، والصفحة رقم ١٢٥ من المخطوطة رقم ٤٤٦ حديث تيمور ، وهي التي رمزنا اليها بالحرف (ب) اما مطبوعة القاسمي فقد رمزنا اليها بالحرف (ح) واما مطبوعة المنار فقد رمزنا اليها بالحرف (د) .

الدين بن دقيق العيد رضي الله عنه ، فأخبرهما أنها بدال مهملة .

الموضع الثاني : في (المسند والمرسل) وهما من ألقاب الحديث ، فالمسند : المتصل الذي لم يحذف من إسناده أحد ، والمرسل : ما حذف من إسناده الصحابي (عند المحدثين) ، أو أي راو كان (عند الأصوليين) [1]

الموضع الثالث : بأن الحديث اللين أو الضعيف من جهة الضبط قد يقوى بالشواهد المنفصلة حتى يبلغ درجة ما يجب العمل به ، كالمجهول من الناس إذا وجد مزكيا صار عدلا تقبل شهادته وروايته .

ثم الشاهد قد يكون كتابا مثل أن يضعف الحديث ، لكن يوافقه ظاهر آية أو عمومها فيقوى بهما ، ويتعاضدان على صيرورتهما دليلا .

وقد يكون سنة : إما عن راوي الحديث نفسه أو عن غيره ، وقد قيل في المثل :

لا تخاصم بواحد أهل بيت . فضعيفان يغلبان قويا !

وقال الآخر :

إن القداح إذا اجتمعـــن فرامهـــا بالكسر ذو حنق وبطش أيـــد

عزت فلم تكسر ، وإن هي بددت فالكسر والتوهـــين [2] للمتبدد

قال : فكذلك الأسانيد اللينة ، اذا اجتمعت حصل منها إسناد قوي ، كما قال الشافعي رضي الله عنه في قلتين نجستين ضمت [3] إحداهما إلى الأخرى : صارتا طاهرتين . وله نظائر . فإذاً هذا الحديث ثابت يجب العمل بموجبه [4] .

لفظ الحديث :

وأما لفظه فالضرر : مصدر ضره يضره ضراً وضررا ، والضرار :

١- في (ب) عند الأولين .
٢- في (ب) : والتهوين .
٣- في (ب) : جمعت .
٤- في (ب) : بوجوبه.

مصدر ضارّه يضارّه ضراراً . وفي التنزيل « ولا تمسكوهن ضراراً » .
فالضرر : إلحاق مفسدة بالغير [1] مطلقا ، والضرار : إلحاق مفسدة به على جهة المقابلة ، أي كل منهما يقصد ضرر صاحبه . ويروى هذا الحديث : « لا إضرار بزيادة ألف [2] ، وهو مصدر أضرّ به إضرارا إذا ألحق به ضرراً ، وهو في معنى الضرر .

وقوله: « لا ضرر ولا ضرار » فيه حذف، أصله لا لحوق أو إلحاق ضرر بأحد ولا فعل ضرار مع أحد ثم المعنى لا لحوق ضرر شرعاً إلا بموجب خاص مخصص . أما التقييد بالشرع فلأن الضرر بحكم القدر الإلهي لا ينتفي . وأما استثناء لحوق الضرر بموجب خاص — فلأن الحدود والعقوبات ضرر لاحق بأهلها ، وهو مشروع بالإجماع . وإنما كان ذلك لدليل خاص .

وإنما كان الضرر منتفيا [3] شرعا فيما عدا ما استثنى . لأن الله عز وجل يقول : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر [4] » ، « يريد الله أن يخفف عنكم [5] » ، « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج [6] » ، « وما جعل عليكم في الدين من حرج [7] » وقال عليه السلام « الدين يسر » . بعثت بالحنفية السمحة » : السهلة [8] ، ونحو ذلك من النصوص المصرحة بوضع الدين على تحصيل للنفع والمصلحة ، فلو لم يكن الضرر والضرار [9]

---

١ - هكذا أدخل (ال) على كلمة غير ، مع أن هذا لا يجوز .
٢ - هكذا ورد في (ا ، ب) ، مع أن المزيد هنا همزة لا ألف .
٣ - في (ا) منفيا ، وهذا الذي اخترته هو ما جاء في (ب) ، وهو أدق في نظري .
٤ - ١٨٥ : البقرة .
٥ - ٢٨ : النساء .
٦ - ٦ : المائدة .
٧ - ٧٨ : الحج .
٨ - ذكرت هذه الصفة في (ا ، ب) ضمن الحديث ، كأنها إحدى كلماته .
٩ - في (ا) « الإضرار » بدلا من الضرار . وقد ذكر قبل أنها رواية في الحديث .

منفياً شرعا — لزم وقوع الخلف في الأخبار الشرعية المتقدم ذكرها . وهو محال .

معنى الحديث :

وأما معناه فهو ما أشرنا إليه من نفي الضرر والمفاسد شرعا ، وهو نفي عام إلا ما خصصه الدليل ، وهذا يقتضي تقديم مقتضى هذا الحديث على جميع أدلة الشرع ، وتخصيصها به في نفي الضرر وتحصيل المصلحة ؛ لأنا لو فرضنا أن بعض أدلة الشرع تضمن ضررا — فإن نفيناه بهذا الحديث كان عملا بالدليلين . وإن لم ننفه به كان تعطيلا لأحدهما ، وهو هذا الحديث . ولا شك أن الجمع بين النصوص في العمل بها أولى من تعطيل بعضها .

أدلة الشرع :

ثم نقول [1] : إن أدلة الشرع تسعة عشر بابا بالاستقراء ، لا يوجد بين العلماء غيرها . أولها الكتاب ، وثانيها السنة ، وثالثها إجماع الأمة ، ورابعها إجماع أهل المدينة [2] ، وخامسها القياس ، وسادسها قول الصحابي ، وسابعها المصلحة المرسلة ، وثامنها الاستصحاب ، وتاسعها البراءة الأصلية ، وعاشرها العوائد [3] ، الحادي عشر الاستقراء ، الثاني عشر سد الذرائع ، الثالث عشر الاستدلال ، الرابع عشر الاستحسان ، الخامس عشر الأخذ بالأخف ، السادس عشر العصمة ، السابع عشر إجماع أهل الكوفة ، الثامن عشر إجماع العترة [4] ، التاسع عشر إجماع الخلفاء الأربعة . وبعضها متفق

---

١ — بهذا الكلام عن أدلة الشرع تبدأ الرسالة التي جردها القاسمي من كلام الطوفي . وقد أورده هناك (بعد البسملة) بعبارة . اعلم أن أدلة الشرع ... الخ .

٢ — في (ا ، ب) : إجماع المدينة . وقد زدت (أهل) تمشياً مع ما اصطلح عليه الأصوليون . وكذلك [illegible] (حـ ، د) .

٣ — هكذا ذكر هذا الدليل في (ا ، ب) ، أما في (حـ ، د) فقد ذكر بلفظ (العادات) .

٤ — زادت (حـ ، د) هنا : (عند الشيعة) وهي زيادة لا وجود لها في (ا ، ب) .

عليه ، وبعضها مختلف فيه . ومعرفة حدودها ، ورسومها ، والكشف عن حقائقها ، وتفاصيل أحكامها ، مذكور في أصول الفقه .

ثم إن قول النبي صلى الله عليه وسلم : «لا ضرر ولا ضرار» يقتضي رعاية المصالح إثباتا [1] ، والمفاسد نفيا ؛ إذ الضرر هو المفسدة ، فإذا نفاها [2] الشرع لزم إثبات النفع الذي هو المصلحة ؛ لأنهما نقيضان لا واسطة بينهما .

أقوى الأدلة :

وهذه الأدلة التسعة عشر أقواها النص والإجماع ، ثم هما إما أن يوافقا رعاية المصلحة أو يخالفاها : فإن وافقاها فبها ونعمت ولا نزاع [3] ؛ إذ قد اتفقت الأدلة الثلاثة على الحكم ، وهي النص والإجماع ورعاية المصلحة المستفادة من قوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار» . وإن خالفاها وجب تقديم رعاية المصلحة عليهما ، بطريق التخصيص والبيان لهما ، لا بطريق الافتئات عليهما والتعطيل لهما ، كما تقدم السنة على القرآن بطريق البيان .

وتقرير ذلك أن النص والإجماع إما أن لا يقتضيا ضررا ولا مفسدة بالكلية ، أو يقتضيا ذلك ، فإن لم يقتضيا شيئاً من ذلك فهما موافقان [4] لرعاية المصلحة ، وإن اقتضيا ضررا . فإما أن يكون (أي الضرر) مجموع مدلوليهما أو بعضه ، فإن كان مجموع مدلوليهما فلا بد أن يكون من قبيل ما استثني من قوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » ، وذلك كالحدود

---

١ - في (حـ ، د) زيادة (ونفياً) هنا . وهي زيادة على ما في (أ ، ب) ، مفسدة للمعنى ؛ لأن المصالح إنما تراعى إثباتاً ، والمفاسد إنما تراعى نفياً . وكما لا يجوز أن تراعى هذه إثباتاً لا يجوز أن تراعى المصالح نفياً .

٢ - هكذا في جميع النسخ ؛ والذي يبدو لي أن تذكير الضمير على رجوعه للضرر أولى من تأنيثه على رجوعه للمفسدة ؛ إذ لفظ الضرر هو المنفي في الحديث ، وجواب (إذا) لزم إثبات النفع .

٣ - في (حـ ، د) : ولا تنازع .

٤ - في (حـ ، د) : موقوفان ، وهو تحريف مفسد للمعنى .

والعقوبات على الجنايات ، وإن كان الضرر بعض مدلوليهما — فإن اقتضاه دليل خاص أتبع الدليل ، وإن لم يقتضه دليل خاص وجب تخصيصهما بقوله عليه السلام : «لا ضرر ولا ضرار » ؛ جمعا بين الأدلة [1] .

ولعلك تقول إن رعاية المصلحة المستفادة من قوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » لا تقوى على معارضة الإجماع لتقضي عليه بطريق التخصيص والبيان لأن الإجماع دليل قاطع ، وليس كذلك رعاية المصلحة ؛ لأن الحديث الذي دل عليها واستفيدت منه ليس قاطعا ، فهي [2] أولى — فنقول لك إن رعاية المصلحة أقوى من الإجماع ، ويلزم من ذلك أنها أقوى [3] أدلة الشرع ، لأن الأقوى من الأقوى أقوى . ويظهر ذلك [4] بالكلام في المصلحة والإجماع

المصلحة :

أما المصلحة فالنظر في لفظها ، وحدها ، وبيان اهتمام الشرع بها ، وأنها مبرهنة ...

(أ) أما لفظها فهو [5] مفعلة من الصلاح ، وهو كون الشيء على هيئة كاملة بحسب ما يراد ذلك الشيء له ، كالقلم يكون على هيئته الصالحة للكتابة به ،

---

١ - وردت هذه العبارة المفصلة في (حـ ، د) مبتورة هكذا « وان اقتضيا ضرراً فما أن يكون مجموع مدلوليهما ضرراً ، ولا بد أن يكون من قبيل ما استثنى من قوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار ، جمعاً بين الأدلة » وهي بهذا الشكل لا يفهم منها معنى سليم ...

٢ - في (حـ ، د) « فهو » ، ولا وجه لتذكير الضمير ؛ لأن مرجعه رعاية المصلحة والمقصود بالأولوية هنا أنه ما دام الحديث الذي ثبتت به المصلحة ليس قاطعاً ، فالمصلحة التي ثبتت به أولى في ألا تكون دليلا قاطعاً .

٣ - في (حـ ، د) « أنها من أدلة الشرع » ، وما ذكرته هنا — وهو الوارد في (أ ، ب) هو النتيجة السليمة للمقدمة المذكورة قبله .

٤ - هكذا في (أ ، ب) وفي (حـ ، د) « من الكلام » .

٥ - في (أ) : « أما لفظها مفعلة » ، وقد وجدت العبارة في (ب) كما نقلتها هنا ، وكما ذكرت في (حـ ، د) .

والسيف على هيئته الصالحة للضرب به [١].

(ب) وأما حدها بحسب العرف [٢] فهي السبب المؤدي إلى الصلاح والنفع ، كالتجارة المؤدية إلى الربح ، وبحسب الشرع هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة ، ثم هي تنقسم إلى ما يقصده الشارع لحقه كالعبادات ، وإلى ما يقصده لنفع المخلوقين وانتظام أحوالهم [٣] كالعادات

(حـ) وأما بيان اهتمام الشرع بها فمن جهة الإجمال والتفصيل :

أما الإجمال فقوله عز وجل : « يا أيها الناس قد جاءتكم موعظة من ربكم ، وشفاء لما في الصدور ... الآيتين [٤] » ، ودلالتهما من وجوه :

أحدها : قوله عز وجل « قد جاءتكم موعظة » حيث اهتم بوعظهم [٥] . وفيه أكبر مصالحهم [٦] ، إذ في الوعظ كفهم عن الردى [٧] ، وإرشادهم إلى الهدى .

الوجه الثاني : وصف القرآن بأنه شفاء لما في الصدور ، يعني من شك ونحوه وهو مصلحة عظيمة .

الوجه الثالث : وصفه [٨] بالهدى .

الوجه الرابع : وصفه بالرحمة ، وفي الهدى والرحمة غاية المصلحة .

---

١ – في (حـ ، د) : كالقلم يكون على هيئة المصلحة للكتابة ، والسيف على هيئة المصلحة للضرب . وقد وردت العبارة صحيحة في (ا) ومحرفة في (ب) .

٢ – في (ا) « بحسب العرفة » وهو خطأ واضح .

٣ – في (حـ ، د) « وإلى مالا يقصده لحقه كالعادات » وما ورد في (ا)،(ب) – وهو ما نقلته هنا – أدق في نظري ...

٤ – تكملة الآيتين « وهدى ورحمة للمؤمنين ، قل بفضل الله وبرحمته فبذلك فليفرحوا هو خير مما يجمعون » (٥٧ ، ٥٨) : يونس .

٥ – في (حـ ، د) « حيث إنه توعدهم » ، (وهو تحريف لما نقلته هنا عن المخطوطتين) .

٦ – في (حـ ، د) . « صالحهم » ، وما ورد في (ا ، ب) هو ما أثبته هنا .

٧ – في (حـ ، د) : « الأذى » ...

٨ – في (ا) : « وصف » وهو بالاضافة إلى الضمير ينسق وأسلوب الوجه الرابع بعده .

الوجه الخامس : إضافة [١] ذلك إلى فضل [٢] الله
عنهما إلا مصلحة عظيمة .

الوجه السادس : أمره إياهم بالفرح
فليفرحوا » هو في معنى التهنئة لهم . و
عظيمة .

الوجه السابع : قوله عز وجل : « هو خير مما يجمعون » . والذي يجمعونه هو من صالحهم ، فالقرآن ونفعه أصلح من مصالحهم ، والأصلح من المصلحة غاية المصلحة .

فهذه سبعة أوجه من هذه الآيات تدل على أن الشرع راعى مصلحة المكلفين واهتم بها ، ولو استقرأت النصوص لوجدت على ذلك أدلة كثيرة .

فإن قيل : لم لا يجوز [٤] أن يكون [٥] من جملة ما راعاه من مصالحهم نصب النص والإجماع دليلا لهم على معرفة الأحكام قلنا : هو كذلك . ونحن نقول به في العبادات ، وحيث وافقا [٦] المصلحة في غير العبادات ، ونحن نرجح [٧] رعاية [٨] المصالح في العادات [٩] والمعاملات ونحوها لأن

---

١ - في (جـ ، د) « إسناد » بدل إضافة .
٢ - في (جـ ، د) : « إلى فعل الله » وهو تحريف للفظ الوارد في النص .
٣ - ذكر الوجه السادس في (جـ ، د) هكذا « الوجه السادس » : الفرح بذلك لقوله ... وما نقلته هنا عن المخطوطتين ترجمة أمينة للنص القرآني .
٤ - في (ا) « لم يجوز » وهو نقص يعكس المعنى .
٥ - في (ب) « تكون » وهو تأنيث لا وجه له .
٦ - هكذا بضمير الاثنين العائد على النص والإجماع كما في (ا ، ب) ... أما (جـ ، د) فقد ورد فيهما الفعل مسنداً إلى المفرد الغائب ، ولا وجه له .
٧ - في (جـ) : « وإنما نرجح » . وفي (د) : « وإنما ترجع » بتحريف الفعل ، أما (ا ، ب) ففيهما : ونحن نرجح . وهو أدق ؛ لأن فيه نسبة الترجيح إلى المؤلف ، على حين أن في العبارة محرفة ادعاء التسليم بالترجيح .
٨ - هكذا في (ا ، جـ ، د) . أما (ب) ففيها « عامة » بدل رعاية . وهو تحريف .
٩ - لم تذكر العادات في (جـ ، د) مع أن (ا ، ب) اتفقتا على ذكرها ، وهو في نظري أنسب من الحذف .

رعايتها في ذلك هي [1] قطب مقصود الشرع منها ، بخلاف العبادات فإنها حق الشرع ، ولا يعرف كيفية إيقاعها إلا من جهته نصاً وإجماعاً .

وأما التفصيل ففيه أبحاث :

الأول : في أن أفعال الله عز وجل معللة أم لا : حجة المثبت أن فعلا لا علة له عبث ، والله عز وجل منزه عن العبث ، وأن القرآن مملوء من تعليل الأفعال نحو « لتعلموا عدد السنين والحساب [2] » وحجة [3] النافي أن كل من فعل فعلا لعلة فهو مستكمل بتلك العلة ما لم يكن له قبلها ، فيكون ناقصا بذاته كاملا بغيره ، والنقص على الله عز وجل محال . وأجيب عنه بمنع الكلية ، فلا يلزم ما ذكروه إلا في حق المخلوقين . والتحقيق أن أفعال الله عز وجل معللة بحكم غائية تعود بنفع المكلفين وكمالهم ، لا ينفع الله عز وجل وكماله ؛ لاستغنائه بذاته عما سواه [4] .

البحث الثاني : أن رعاية المصالح تفضل [5] من الله عز وجل على خلقه عند أهل السنة ، واجبة عليه عند المعتزلة . حجة الأولين أن الله عز وجل متصرف في خلقه بالملك ، فلا [6] يجب عليه شيء ، وأن [7] الإيجاب يستدعي موجبا أعلى . ولا أعلى من الله عز وجل . وحجة الآخرين أن الله عز وجل كلف خلقه بالعبادة ، فوجب أن يراعي مصالحهم ؛ إزالة لعللهم في التكليف ،

---

١ - هكذا بضمير المؤنث العائد إلى رعاية ، كما وردت في (ا،ب) ... أما (جـ ، د) ففيهما «وهو» ومع أنه يناسب الخبر ، فالضمير المؤنث أبلغ في رأيي...

٢ - ١٢ : الإسراء .

٣ - هذه الواو لا وجود لها في (ا ، ب) .

٤ - في (ب) وردت هذه العبارة محرفة هكذا : «والتحقيق أن أفعال الله عز وجل معللة بحكم غايته فيعود بنفع المكلفين ، فكمالهم لا ينفع الله عز وجل وكماله ، لاستغنائه بذاته عما سواه» . وليس في (جـ ، د) كلمة «وكماله» .

٥ - في (ب) «بفضل الله» وما هنا هو ما ورد في (ا ، جـ ، د) .

٦ - في (ب) : ولا ، والفاء أنسب هنا كما في (ا) .

٧ - في النسخ الأربع : ولأن ، والسياق يقتضي حذف اللام ليمكن العطف على (أن الله) قبله .

وإلا لكان [1] ذلك تكليفاً بما لا يطاق أو شبيهاً به . وأجيب عنه بأن هذا مبني على تحسين العقل [2] وتقبيحه ، وهو باطل عند الجمهور .

والحق أن رعاية المصالح واجبة من الله عز وجل حيث التزم التفضل بها ، لا واجبة عليه ، كما قلنا [3] في « إنما التوبة على الله » : إن قبولها واجب منه لا عليه . وكذلك الرحمة في قوله عز وجل : « كتب على نفسه الرحمة [4] » ، ونحو ذلك ..

البحث الثالث : في أن الشرع حيث راعى مصالح الخلق : هل راعى مطلقها في جميع محالها . أو أكملها في جميع محالها . أو أوسطها في جميع محالها ؟ أو راعى مطلقها في بعض وأكملها في بعض ؟ أو أنه راعى منها في كل محل ما يصلحهم وينتظم به حالهم ؟ الأقسام كلها ممكنة ، وأشبهها الأخير [5] .

البحث الرابع : في أدلة رعاية المصلحة على التفصيل ، وهي من الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والنظر . ولنذكر من كل منها يسيرا على جهة ضرب المثال ، إذ استقصاء ذلك بعيد المنال [6] .

أما الكتاب فنحو قوله تعالى : « ولكم في القصاص حياة » . « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » ، « الزّانية والزّاني فاجلدوا كلّ واحد منهما

---

١ – هكذا في (ب) أما في (ا) فقد حرف الفعل إلى (فكان) .

٢ – في (ب) : الفعل ، وهو تحريف .

٣ – وردت هذه العبارة في (جـ ، د) هكذا : «كما في آية إنما التوبة على الله ؛ فان قبولها الخ » وواضح أنها بهذا الشكل لا تثبت أنه هو القائل...

٤ – ٥٤ : الأنعام . وفي (جـ ، د) : « كتب ربكم على نفسه الرحمة » ، وهي الآية ١٢ في السورة نفسها .

٥ – هكذا وردت الفقرة في (ا ، ب) أما في (جـ ، د) فقد وردت هكذا : «البحث الثالث في أن الشرع حيث راعى مصالح الخلق هل راعاها مطلقاً ، أو راعى أكملها في بعض ، وأسفلها في بعض ، أو أنه راعى منها في الكل ما يصلحهم وينتظم به حالهم ؟ الأقسام كلها ممكنة » وواضح أنه قد وقع فيها تصرف مفسد للمعنى .

٦ – هكذا في (جـ ، د) أما في (ا ، ب) فالعبارة : (إذ استقصاء ذلك يتعذر) وقد حرف الفعل في (ب) إلى : يعتذر .

مائة جلدة » وهو كثير . ورعاية مصلحة الناس في نفوسهم وأموالهم وأعراضهم مما ذكرنا ظاهرة [1] ، وبالجملة فما من آية من كتاب الله عز وجل إلا وهي تشتمل على مصلحة أو مصالح ، كما بيناه [2] في غير هذا الموضع .

وأما السنة فنحو قوله عليه السلام : « لا يبيع بعضكم على بيع بعض ، ولا يبيع حاضر لباد ، ولا تنكح المرأة على عمتها أو خالتها ؛ إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » وهذا ونحوه في السنة كثير ؛ لأنها بيان الكتاب ، وقد بينا اشتمال كل آية منه على مصلحة ، والبيان على وفق المبيَّن .

وأما الإجماع فقد أجمع العلماء ، إلا من لا يعتد به من جامدي الظاهرية على تعليل الأحكام بالمصالح ودرء المفاسد ، وأشدهم في ذلك مالك حيث قال بالمصالح المرسلة . وفي الحقيقة لم يختص بها ، بل الجميع قائلون لها ، غير أنه قال بها أكثر منهم . وحتى إن المخالفين في كون الإجماع حجة قالوا بالمصالح [3] . ومن ثم علل وجوب الشفعة برعاية حق الجار ومصلحته [4] ، وجواز السلم والإجارة بمصلحة الناس ، مع مخالفتهما للقياس ؛ إذ هما معاوضة على معدوم ؛ وسائر أبواب النقد ومسائله معلل [5] بالمصالح .

وأما النظر فلا شك عند كل ذي عقل صحيح أن الله عز وجل راعى مصلحة خلقه عموماً وخصوصاً : أما عموماً ففي مبدئهم ومعاشهم : أما

---

١ – في (ا ، جـ ، د) : (مما ذكرناه ظاهر) ولا بأس بذكر الضمير ، ولكن كيف لا يؤنث خبر « رعاية » ؟ إنه تحريف بنقل التاء المربوطة من مكانها .

٢ – في (جـ ، د) : كما بينتها ، وهو تحريف .

٣ – في (جـ ، د) اقتضبت هذه العبارة ، فوردت مفسدة للمعنى المقصود هكذا : (وأما الإجماع فقد أجمع العلماء – إلا من لا يعتد به من جامدي الظاهرية – على تعليل الأحكام بالمصالح المرسلة ، وفي الحقيقة الجميع قائلون بها ، وحتى إن المخالفين في كون الإجماع حجة قالوا بالمصالح » .

٤ – هذه الكلمة سقطت من (جـ ، د) .

٥ – هكذا في (ا) أما في (ب) فقد ذكر الفعل المضارع المبني للمجهول بدلا منها ... وفي (جـ ، د) حرفت الى « لعلل » .

المبدأ فحيث أوجدهم بعد العدم ، على الهيئة التي ينالون بها مصالحهم في حياتهم ؛ ويجمع ذلك قوله عز وجل : « يا أيها الإنسان ما غرّك بربك الكريم ، الذي خلقك فسوّاك فعدلك ، في أيّ صورة ما شاء ركّبك [1] » وقوله عز وجل : « الذي أعطى كل شيء خلقه ثم هدى [2] » .

وأما المعاش فحيث هيأ لهم أسباب ما يعيشون به ويتمتعون ، من خلق السموات والأرض ، وما فيهما وما بينهما ، وجماع [3] ذلك قوله عز وجل : « هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً [4] » ، « وسخر لكم ما في السموات وما في الأرض جميعاً منه » [5] . وتفصيله بعض التفصيل في قوله عز وجل : « ألم نجعل الأرض مهادا » إلى قوله [6] : « إن يوم الفصل كان ميقاتاً » وفي قوله عز وجل : « فلينظر الإنسان إلى طعامه أنا صببنا الماء صباً » إلى قوله عز وجل [7] : « متاعاً لكم ولأنعامكم » .

وأما خصوصاً فرعاية مصلحة المعاد في حق السعداء [8] ، حيث هداهم السبيل ووفقهم لنيل الثواب الجزيل ، في خير مقيل [9] .

وعند التحقيق إنما راعى مصلحة العباد عموماً حيث دعا الجميع إلى الإيمان

---

١ – الانفطار : ٦ و ٧ و ٨ .

٢ – طه : ٥٠ .

٣ – في (جـ ، د) وردت هذه العبارة هكذا « وجميع ذلك في قوله عز وجل . ألم نجعل الأرض ... » وقد أكلتها على هذا النحو من (ا ب) .

٤ – البقرة : ٢٩ .

٥ – الجاثية : ١٣ .

٦ – بقية الآيات : « والجبال أوتاداً . وخلقناكم أزواجاً . وجعلنا نومكم سباتاً . وجعلنا الليل لباساً . وجعلنا النهار معاشاً . وبنينا فوقكم سبعاً شداداً . وجعلنا سراجاً وهاجاً وأنزلنا من المعصرات ماء ثجاجاً . لنخرج به حباً ونباتاً . وجنات ألفافاً . » (٦-١٦) : النبأ .

٧ – بقية الآيات : « ثم شققنا الأرض شقاً . فأنبتنا فيها حباً . وعنباً وقضباً . وزيتوناً ونخلاً . وحدائق غلباً . وفاكهة وأباً . » (٢٤-٣٢) عبس .

٨ – وردت هذه العبارة في (جـ ، د) . فرعاية مصالح العباد السعداء ...

٩ – في (ب) كل مقيل .

الموجب لمصلحة المعاد [1] . ولكن بعضهم فرط بعدم الإجابة ، بدليل قوله عز وجل : « وأما ثمود فهديناهم ، فاستحبوا العمى على الهدى [2] » وتحرير هذا المقام أن الدعاء كان عموماً ، والتوفيق المكمل لمصلحة المصحح لوجودها كان خصوصاً ، بدليل قوله عز وجل : « والله يدعو إلى دار السلام ويهدي من يشاء إلى صراط مستقيم » [3] ، فدعا عاماً ، وهدى ووفق خاصاً .

إذا عرف هذا فمن المحال أن يراعي الله عز وجل مصلحة خلقه في مبدئهم ومعادهم ومعاشهم ، ثم يهمل مصلحتهم في الأحكام الشرعية ، إذ هي أعم [4] ، فكانت بالمراعاة أولى . ولأنها أيضاً من مصلحة معاشهم ؛ إذ بها صيانة أموالهم ودمائهم وأعراضهم ، ولا معاش لهم بدونها ، فوجب القول بأنه راعاها لهم . وإذا ثبتت رعايته إياها ، لم يجز إهمالها بوجه من الوجوه . فإن وافقها النص والإجماع وغيرهما من أدلة الشرع فلا كلام ، وإن خالفها دليل شرعي وفق بينه وبينها بما ذكرناه : من تخصيصه بها ، وتقديمها بطريق البيان .

(د) وأما أن رعاية المصلحة مبرهنة [5] فقد دل عليه ما ذكرناه من اهتمام الشرع بها ، وأدلته [6] .

---

١ – في (جـ ، د) ذكرت كلمة « العباد » في الموضعين ؛ وفي (ا ، ب) ذكرت كلمة « المعاد » في الموضعين ، وقد رأيت أن الصواب موزع بين هذه النسخ ؛ فأبقيت كلمة « العباد » على ما جاءت في (جـ ، د) ، أي في الشطر الأول من العبارة وأبقيت كلمة « المعاد » في الشطر الأخير منها كما وردت في (ا ، ب) ، وبهذا استقامت العبارة ...

٢ – فصلت : ١٧ .

٣ – يونس : ٢٥ .

٤ – هكذا في (ا ، ب) . أما في (جـ ، د) فقد ذكر (أعم) بدلا منها .

٥ – ارجع إلى ص ١٨ ، ١٩ من هذا الملحق .

٦ – سقطت (أن) من هذه العبارة هناك في (ب) ، وذكر حرف الجر (على) دون الضمير المجرور به ؛ فاضطربت العبارة هناك ...

الإجماع :

وأما الإجماع [1] فالنظر في لفظه ، وحده ، وأدلته ، والاعتراض عليها ثم معارضته .

(آ) أما لفظه[2] فهو إفعال من جمع يجمع ،وهو في اللغة : العزم ، والاتفاق . يقال : أجمع القوم [3] على كذا إذا عزموا ، وإذا اتفقوا أيضاً .

(ب) وأما حده اصطلاحا فهو اتفاق مجتهدي هذه الأمة على أمر ديني .

(ج) وأما أدلته فالكتاب ، والسنة ، والنظر .

أدلته من الكتاب :

أما الكتاب فمنه آيات :

الأولى : قوله عز وجل : « ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيراً »[4] ووجه دلالتها [5] أنه عز وجل توعد من شاق الرسول واتبع غير سبيل المؤمنين ، والوعيد لا يكون إلا على فعل محرم ، أو ترك واجب . والإجماع هو سبيل المؤمنين ، وقد وقع الوعيد على تركه فهو محرم ، فاتباعه واجب .

والاعتراض عليه من وجوه كثيرة أقواها ستة :

أحدها : أن الوعيد في الآية على شيئين : مشاقة الرسول واتباع غير

---

١ - حذف الجزء الخاص بالإجماع من (ج ، د) ، واكتفى بالإشارة اليه بعبارة « ثم قال الطوفي بعد بيانه الإجماع وأدلته ومعارضتها » . وقد رأيت اثباته لتمكن الموازنة بين المصلحة والإجماع على ضوئه ، فمن أجل هذا تحدث عنه الطوفي هنا ... (ص ١٧٨ - ١) (ص ١٢٣ - ب) .

٢ - في (ب) ألفاظه ، وهو تحريف .

٣ - في (١) أجمع القول . وهو محرف عن القوم .

٤ - النساء : ١١٥ .

٥ - لم تذكر كلمة وجه في (١) ، ولم تذكر واو العطف في (ب) وقد رأيت أن العطف أنسب .

سبيل المؤمنين ، فهما جميعاً واجبان[1] ، ولا يلزم من وجوب الشيء مع غيره وجوبه منفرداً لجواز أن يكون الآخر شرطاً فيه ، أو ركناً له .

الثاني : أن اللام في المؤمنين تحتمل العهد والاستغراق . وبتقدير كونها للعهد لا يتم الدليل ؛ لاحتمال إرادة جماعة من المؤمنين مخصوصة ، كالصحابة أو بعضهم ، كما ذهب إليه الظاهرية من أن الحجة في إجماع الصحابة لا غير لأن الخطاب لهم وفي عصرهم[2] ، فيختص بهم .

الثالث : أن الإضافة في « غير سبيل المؤمنين » ليست محضة[3] ؛ لأن غير لا تعرف بالإضافة لشدة إبهامها ، وحينئذ لا تدل الآية على ترتب الوعيد على كل فرد من اتباع غير سبيل المؤمنين ؛ إذ يبقى تقدير الآية : ويتبع أمراً مغايراً لسبيل المؤمنين ، فيحمل[4] ذلك الأمر على غير سبيلهم في الإيمان وحينئذ يقصر الوعيد على[5] مشاقة الرسول والكفرة ، ولا دليل فيه على اتباع الإجماع .

وفي هذا الوجه نظر لأن الكلام في سياق الشرط ، والنكرة في سياق الشرط تعم كما في سياق النفي . ويمكن دفع هذا النظر بأن يحمل الأمر المذكور في قوله « ويتبع أمراً مغايراً لسبيل المؤمنين » على معهود معين[6] وهو الكفر ، ويدل عليه سياق الآية بعدها وقبلها ؛ فإنها في الكفر والكفار .

ويمكن تقرير هذا الوجه ابتداء بأن منع العموم في سبيل المؤمنين يحمل[7] على سبيلهم في خصوص الإيمان ، فيكون[8] الوعيد على مخالفتهم فيه بالكفر

---

١ – لعله يعني بوجوبها ضرورة وجودها للوعيد . وإلا فهما ممنوعان لا واجبان ...
٢ – في (ا) حرفت هذه الكلمة إلى (وفي غيرهم) .
٣ – في (ا) ليست مختصة ، وهو تحريف .
٤ – في (ا) وينفع .
٥ – وردت هذه الكلمة في (ا) يعبر ، وفي (ب) يضر ، وأعتقد أنها محرفة في النسختين عما هنا .
٦ – في (ا) حرفت هذه الكلمة إلى مغير .
٧ – ورد هذا الفعل في (ا) : فيحمل ، وفي (ب) : يحتمل ، وكلاهما تحريف .
٨ – سقط هذا الفعل من (ب) فاضطربت العبارة فيها .

وهذا غير ما قدرته أولاً ؛ لأن هذا منع[١] لعموم سبيل المؤمنين . وذاك منع [١] لعموم المغايرة التي دلت عليها غير .

الرابع : أن السبل ثلاثة : سبيل المؤمنين . وسبيل غير المؤمنين والسبيل المتوسطة بينهما ، لا سبيل هؤلاء ، ولا سبيل هؤلاء ، بل السبيل المباحة التي لا وعد عليها ولا وعيد . وبتقدير[٢] وجود هذه الواسطة . لا يتم الدليل على وجوب اتباع سبيل المؤمنين .

الخامس : أن الآية مقابلة للتي في الجملة الشرطية ، ومعطوفة عليها[٣] . وفي التي قبلها خصال ثلاث ؛ فوجب أن يكون المراد بسبيل [٤] المؤمنين فيها أضداد تلك الخصال الثلاث ؛ تصحيحاً للمقابلة وتحقيقاً لها في الآيتين . بيان ذلك أن الآية التي قبل هذه « لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس . ومن يفعل ذلك ابتغاء مرضاة الله ، فسوف نؤتيه أجراً عظيماً » (ثم قابلها بقوله عز وجل[٥]) : « ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين » . أي في الأمر بالصدقة والمعروف والإصلاح . بأن أمر بأضداد ذلك . وهذا تأويل له ظهور في الآية ، ولو لم يكن إلا مجرد احتماله قدح في دلالة الآية على المطلوب[٦].

السادس : بتقدير تسليم ما ذكرتم ، فإنما يدل على وجوب اتباع الإجماع . ونحن نقول به في العبادات وأشباهها من المقدرات[٧] التي لا تعلم إلا بالنص

---

١ – في (ب) ذكرت هذه الكلمة بدون اللام في الموضعين .
٢ – في (ب) وتقرير .
٣ – في (ا ، ب) : والعطف ، وهو تحريف عما هنا .
٤ – في (ا ، ب) سبيل بدون الباء ، وقد رأيت وجودها ضرورياً .
٥ – هذه الزيادة من (ب) ، وهي ضرورية ، وقد سقطت من (ا) .
٦ – وردت هذه العبارة في (ا) هكذا : « بأمرنا من راد ذلك . وهذا تأويل له ظهور في الآية . ولو لم يكن احتماله قدح في دلالة الآية على المطلوب » .
٧ – في (ا) المفردات ، وهو تحريف .

[illegible] . (والنزاع إنما هو في تقديم المصلحة عليه بطريق البيان ؛ لكونها أقوى منه ؛ وليس في دليلكم ما يمنع من ذلك[1]) .

الآية الثانية : قوله عز وجل : « وكذلك جعلناكم أمة وسطاً لتكونوا شهداء على الناس »[2] وجه دلالتها أن الوسط هو العدل والخيار ، والعدل الخيار لا يصدر عنه إلا الحق ، والإجماع صادر عن هذه الأمة العدول الخيار . فليكن حقاً .

والاعتراض عليه أن العدل إنما يلزم صدور الحق عنه بطريق الظاهر ، فيما طريقه الصدق والكذب ، وهو نقل الأخبار وأداء الشهادات . أما فيما طريقه الخطأ والصواب في استخراج الأحكام والاجتهاد فيها فلا .

فإن قيل . إذا ثبت عدالة الأمة لزم أنهم لا يجمعون إلا عن مستند قاطع ، والقاطع يجب العمل به — قلنا : لا نسلم أنهم يجمعون إلا عن قاطع وقد صرح جمهور مثبتي[3] الإجماع بجواز انعقاده عن الأمارات كالقياس وخبر الواحد ؛ بل قد ذهب كثير إلى انعقاد الإجماع لا عن مستند أصلا . بل بالبحث[4] المحض ، بناء على أن الأمة معصومة فكيفما اتفقت[5] على حكم كان اتفاقها حجة ، عن مستند كان أو غيره .

سلمنا أنهم لا يجمعون إلا عن قاطع ، لكن ما المراد بالقاطع ؟ إن أريد به القاطع العقلي الذي لا يحتمل النقيض فمثله نادر ، ومتعذر في أدلة الشرع .

---

١ — في (ب) ذكرت هذه العبارة هكذا . « والنزاع لنا هنا في تقديم المصلحة عليه بطريق البيان ؛ لكونها أقوى منه وليس في دليلكم ما يتبع ذلك » وفي (أ) : « لكونه أقوى منه » ، مع أن الضمير يعود إلى المصلحة .

٢ — سورة البقرة . ١٤٣ .

٣ — في (أ) وردت هذه العبارة محرفة هكذا « وقد صرح الجمهور مبين الإجماع بجواز الانعقاد عن الإمارات » وفي (ب) حرفت هكذا « وقد صرح جمهور مبين الإجماع بجواز انعقاده الخ » ... وقد غلب على ظننا أن الكلمة محرفة عن مثبتي الإجماع ...

٤ — في (أ ، ب) بالتبحيث ، وهو تحريف ...

٥ — وردت هذه الكلمة في (أ) انعقد ، وفي (ب) انمضت ، وكلتاهما تحريف لما أثبته هنا.

وبتقدير وجوده لا نسلم أنه يخالف المصلحة فيعود إلى الوفاق . وإن أريد به القاطع الشرعي فقد بينا أن أدلة الشرع تسعة عشر ، وليس فيها ما يمكن دعوى القطع فيه إلا الإجماع ، والنص ، ورعاية المصلحة .

أما الإجماع فلا يجوز اعتباره في مستند الإجماع ؛ لأنه إثبات الشيء بنفسه ، ولو اعتبر كان نزاعنا فيه كالنزاع في فرعه المنعقد عنه .

وأما النص فهو إما متواتر أو آحاد ، وعلى التقديرين فهو إما صريح في الحكم ، أو محتمل . فهي أربعة أقسام . فإن كان متواتراً صريحاً فهو قاطع من جهة متنه ودلالته ، لكن قد يكون محتملاً من جهة عموم أو إطلاق ، وذلك يقدح في كونه قاطعاً مطلقاً . فإن فرض عدم احتماله من جهة العموم والإطلاق ونحوه . وحصلت فيه القطعية من كل جهة بحيث لا يتطرق إليه احتمال بوجه . منعنا أن مثل هذا يخالف المصلحة ، فيعود إلى الوفاق . وإن كان آحاداً محتملاً فلا قطع . وكذا إن كان متواتراً محتملاً ، أو آحاداً صريحاً لا احتمال في دلالته بوجه ؛ لفوات قطيعته من أحد طرفيه إما متنه أو سنده .

وأيضاً فإن الإجماع أقوى من النص ، فإذا نازعناكم في الإجماع ورجحنا عليه المصلحة فالنص بذلك أولى ، فانتفت بذلك دعوى القطعية في مستند الإجماع من جهة الإجماع والنص ، فلم يبق إلا رعاية المصلحة . فإذا استند الإجماع إليها فهو موافق لما نقوله ؛ لأنا نعهد في الأحكام المصلحة ، سواء كانت بواسطة إجماع أو نحوه ، أو بغير واسطة .

الآية الثالثة : قوله عز وجل: « كنتم خير أمة أخرجت للناس... الآية[1] » وهو ثناء عليهم ، وثناء الله عز وجل عليهم تعديل لهم ، فليكن إجماعهم حجة . والاعتراض عليه كالاعتراض على الذي قبله .

فهذه (هي) الآيات المستدل بها على الإجماع من القرآن .

١- آل عمران : ١١٠ ، وبقية الآية « ... تأمرون بالمعروف ، وتنهون عن المنكر ، وتؤمنون بالله ، ولو آمن أهل الكتاب لكان خيراً لهم ، منهم المؤمنون وأكثرهم الفاسقون » .

أدلة الإجماع من السنة :

وأما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام : « أمتي لا تجتمع على ضلالة » ، وما ورد بمعناه .

وجه الاستدلال به وأنه ورد بألفاظ كثيرة ، وروايات متعددة (بلغت درجة)[1] التواتر المعنوي كشجاعة علي وكرم حاتم ، ودلالته قاطعة في وجوب اتباع الإجماع فصار في قوة النص القاطع إسناداً ومتناً على المطلوب فيجب اتباعه .

والاعتراض عليه بأن هذا الخبر وإن تعددت ألفاظــه ورواياته لا نسلم أنه بلغ رتبة التواتر المعنوي ؛ لأنه إذا عرضنا[2] هذا الخبر على أذهاننا ، وسخاء حاتم وشجاعة علي ونحوهما من المتواترات المعنوية — وجدناها قاطعة بثبوت الرأي الثاني ، غير قاطعة بالأول ، فهو إذاً في القوة دون سخاء حاتم وشجاعة علي ، وهما متواتران ، وما دون المتواتر ليس بمتواتر ، فهذا الخبر ليس بمتواتر . لكنه في غاية الاستفاضة[3] ...

فإن قيل : تلقته الأمة بالقبول ، فدل على ثبوته — فجوابه من وجوه :

أحدها : لا نسلم تلقيها له بالقبول ؛ إذ منكرو الإجماع كالنظام ، والشيعة ، والخوارج ، والظاهرية — فيما عدا إجماع الصحابة — لو تلقوه بالقبول لما خالفوه .

الثاني : أن الاحتجاج بتلقي الأمة له بالقبول احتجاج بالاجماع ، وهو إثبات الشيء بنفسه .

الثالث : سلمنا تلقيهم له بالقبول ، لكن قبولاً مظنوناً لا مقطوعاً به ، والظن لا يصلح مستنداً للاجماع المدعى قطعيته وكونه أقوى أدلة الشرع .

---

١ — في (أ) بمبلغ التواتر . وفي (ب) بلغ التواتر المعنوي . وقد آثرت تصحيحها هكذا .

٢ — في (أ) اعترضنا ، وهو تحريف .

٣ — في (أ) لكن غاية الاستفاضة . وفي (ب) لكن في غايته الاستفاضة ، وقد آثرت تصحيحها على ما ظننته الصواب .

بحيث تسفك به الدماء ، وترتب عليه الأحكام القواطع ؛ إذ ذاك تفريغ للقوى على الضعيف ، وللقاطع على المظنون .

سلمنا أنه بلغ رتبة التواتر ، ولكن لا نسلم أنه قاطع في وجوب اتباع الإجماع لاحتمال أنه أراد بها (لا تجتمع على ضلالة الكفر) ، فلا يكون حجة في وجوب اتباع الإجماع ، فيما سوى الإيمان المقابل للكفر .

فأما نحو قوله (عليه السلام) : « اتبعوا السواد الأعظم ؛ فإنه من شذ شذ في النار ، ويد الله مع الجماعة[1] » — فإنما المراد به طاعة الأئمة والأمراء ، وترك الخروج عليهم ، بدليل قول عليه السلام : « اسمعوا وأطيعوا وإن تأمر عليكم عبد حبشي » ، وقوله عليه السلام : « من مات تحت راية عصبية [2] مات ميتة جاهلية » .

ثم يرد على (أدلة) [3]الإجماع من الكتاب والسنة سؤالان :

أحدهما : أنها [4] استدلال بظواهر سمعية ؛ إذ لا قاطع فيها ، لورود الإشكالات المذكور عليها . والظواهر السمعية إنما وجب الاحتجاج بها بالإجماع فلو أثبت الإجماع بها لزم [5] الدور .

الثاني : أن (المؤمنين) في الآية و(أمتي) في الخبر تقتضي كل مؤمن وجميع الأمة . لكن الأمة[6] قد افترقت بموجب النص على ثلاث وسبعين فرقة ، فنحن نقول بموجب الدليل : (وإن اجتمعت عليه الأمة بجميع

---

١ – هذه الجملة من (ب) وقد وجدتها هناك « يد الله على الجماعة » فصححتها . أما (ا) فلا توجد فيها هذه الجملة ولا جواب أما . والكلام كله بعد ذلك من (ب) خاصة ، حتى أنه إلى وجوده في (ا) .

٢ – رسمت هذه الجملة في الأصل هكذا (عمبه) .

٣ – سقطت هذه الكلمة من جميع النسخ مع أن المعنى يتطلبها .

٤ – ورد هذا الضمير مذكراً في جميع النسخ ، مع أنه يعود على أدلة الإجماع ، لا على الإجماع نفسه .

٥ – في (الأصل) : لزوم ، وهو تحريف .

٦ – في (الأصل) : الآية ، وهو تحريف .

فرقها الثلاث والسبعين[1] حجة قاطعة يجب اتباعها) ، لكن مجموع الأمة بفرقها إنما أجمعوا على الإيمان بالله ورسله ، ومسائل يسيرة بعد ذلك . ولا جرم أن إجماعهم في تلك المسائل حجة ، وبهذا يظهر سر قوله عليه السلام : « أمتي لا تجتمع على ضلالة » ، أي أمتي بفرقها .

دليل الإجماع من النظر :

وأما النظر فلأن الجم الغفير من أهل الفضل والذكاء ، مع استفراغ الوسع في الاجتهاد ، وإمعان النظر في طلب الحكم – يمتنع في العادة اتفاقهم على الخطأ . واعترض عليه بالنقض[2] بإجماع اليهود والنصارى وسائر أهل الملل على[3] ضلالتهم ، مع كثرتهم ، وفضلهم ، واجتهادهم ، وإمعانهم في النظر ؛ ثم هم مخطئون بإجماع المسلمين .

معارضة أدلة الإجماع :

(د)وأما معارضة أدلة الإجماع [4] فمن وجوه :

أحدها : أنه لو كان الإجماع حجة لكان إما لذات المجمعين[5] أو لشهادة الشرع لهم بالعصمة . والأول باطل ؛ إذ المجمعون ليسوا معصومين بذاتهم [6] ؛ إذ لا يلزم من فرض عدم عصمتهم محال لذاته . والثاني باطل ؛ لأن شهادة الشرع بعصمتهم إما متواترة ، لكن تواترها ممنوع كما تقرر ، أو آحاد ، وهو لا يفيد المقصود . فظهر أن الإجماع ليس بحجة .

---

١ – في (الأصل) : الثلاث وسبعين ، وهو خطأ .
٢ – هكذا وردت الكلمة في الأصل ، وكان واجباً أن يقال : (بأنه منقوض) ؛ لأن مثل هذا المصدر يجب أن يكون مؤولا .
٣ – سقط حرف الجر (على) من الأصل .
٤ – انظر ص (٢٦) من هذا الملحق .
٥ – في (الأصل) : المجتمعين ، وهو تحريف .
٦ – في (الأصل) : بذاته ، وهو تحريف .

الوجه الثاني : قوله عليه السلام : « ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة » مع قوله : « لا تجتمع أمتي على ضلالة » ، فنقول المراد بالأمة التي لا تجتمع على ضلالة إما مجموع الفرق الثلاث والسبعين ؛ أو الفرقة الناجية منهم .

فإن أريد مجموع الفرق لم يصح لوجهين : أحدهما أن منهم من لا يقول بالإجماع ، فلا يصح اعتبار اجماع من لا يرى الإجماع حجة ، والثاني أن من فرق الأمة من يكفر ببدعته ، والكافر لا يعتبر في الإجماع .

وإن أريد الفرقة الناجية فليست مجموعة الأمة ، بل هي تسع الأمة تقريباً : جزء من ثلاثة وسبعين جزءاً ، فيبقى تقدير الحديث : نحن تسع أمتي لا يجتمع على ضلالة ، أو جزء من ثلاثة وسبعين جزءاً من أمتي لا يجتمع على ضلالة[1] ، وهو ركيك من الكلام لا يجوز نسبة مثله إلى النبي صلى الله عليه وسلم .

الوجه الثالث : أن عثمان بن عفان والإمامين قبله حجبوا الأم عن الثلث إلى السدس بأخوين ، ولم يحجبها ابن عباس إلا بثلاثة ، وناظر عثمان في ذلك حيث قال لعثمان : (إن الله عز وجل يقول : « فإن كان له إخوة فلأمه السدس » وليس الأخوان إخوة في لسان قومك (فقال عثمان : (إني لا أدع أمراً كان قبلي)، وهذا احتجاج من عثمان بالإجماع ، ولو كان حجة لما خالفه ابن عباس لظاهر القرآن ابتداء . ولما أقره عثمان على خلافه دواماً ، بل كان يأخذ على يده ، ويرده إلى إجماع الناس . وهذا يدك على أن الإجماع دون ظواهر النصوص في القوة ، كما فعله ابن عباس ، حيث قدم ظاهراً من ظواهر الكتاب على الإجماع الذي خصصه به[2] الخلفاء الثلاثة ومن في عصرهم .

---

١ – في (الأصل) : ثلاث وسبعين بدون التاء ، ولا تجتمع بضمير المؤنث مع أن مرجعه لفظ (جزء) . وكلاهما تحريف من الناسخ في عبارة المؤلف .

٢ – في (الأصل) : (خصصوا) ولا معنى له ، فلعله تحريف عما ذكرته .

الوجه الرابع: أن الصحابة أجمعوا على جواز التيمم للمرض وعدم الماء وخالف ابن مسعود حيث قال: «لو رخصنا لهم في هذا، لأوشك أن يبرد على أحدهم الماء، فيتيمم وهو يرى الماء». فاحتج ابو موسى عليه بالآية. وحديث عمار. فلم يلتفت. وهذا ترك للنص [1] والإجماع بمجرد المصلحة، ثم اشتهر هذا عن ابن مسعود، ولم ينكر عليه أحد، فهو في ذلك إما مصيب أو مخطىء، فإن كان مصيباً لزم جواز ترك النص والإجماع بالمصلحة ونحوها، وهو المطلوب. وإن كان مخطئاً لزم خطأ أهل الإجماع في ترك الإنكار عليه: فأحد الأمرين لازم: إما جواز ترك الإجماع، لفعل ابن مسعود. أو وقوع الإجماع على الخطأ؛ لإقرار الصحابة ابن مسعود على خطئه. وكلا الأمرين قادح في الإجماع.

فإن قيل: لا نسلم انعقاد الإجماع على التيمم عند عدم الماء؛ لمخالفة ابن مسعود فيه. ولا نسلم [2] اتفاق الصحابة على ترك الإنكار على ابن مسعود قوله. لرد أبي موسى عليه، فبطل ما احتججتم به على القدح في الإجماع، قلنا: بتقدير (أن) ابن مسعود لم يخالف الإجماع، فقد خالف النص الذي هو أصل الإجماع لمجرد المصلحة. وأنتم [3] لا تقولون بترك النص لقياس ولا مصلحة. فهو إذن مخطىء عندكم. وقد أقره الصحابة على الخطأ، ولزم المحذور. وأما رد أبي موسى على ابن مسعود فهو مناظرة وجدال لا رد إنكار. والفرق بينهما واضح [4].

واعلم أن غرضنا من هذا كله ليس القدح في الإجماع وإهداره

---

1 - العبارة في (الأصل): (وهذ ترك النص)، ورأى أنه لا مفر من تصحيحها إلى أحد وجهين، فإما أن تكون: وهكذا ترك... وإما: وهذا ترك النص، وقد آثرت الأخير.

2 - في جميع النسخ «قلنا» والصواب ما ذكرته.

3 - في (الأصل): وأنهم لا يقولون

4 - هكذا وردت هذه الفقرة في (الأصل). وفي العبارة الأخيرة منها ركاكة وضعف عن أداء المعنى المقصود بها.

بالكلية ، بل نحن نقول به في العبادات والمقدرات ونحوها . وإنما غرضنا بيان أن رعاية المصلحة المستفادة من قوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » أقوى من الإجماع ، ومستندها أقوى من مستنده ، وقد ظهر ذلك مما قررنا في دليلها ، والاعتراض على أدلة الإجماع .

لماذا تقدم المصلحة على النص والإجماع ؟

وإنما[1] يدل على تقديم رعاية المصلحة على النصوص والإجماع ، على الوجه الذي ذكرناه ، وجوه :

أحدها : أن منكري الإجماع قالوا برعاية المصالح ، فهي[2] إذاً محل وفاق ، والإجماع محل خلاف ، والتمسك بما اتفق[3] عليه أولى من التمسك بما اختلف[3] فيه .

الوجه الثاني : أن النصوص مختلفة متعارضة ، فهي سبب الخلاف في الأحكام المذموم شرعاً ، ورعاية المصالح أمر حقيقي في نفسه لا يختلف فيه ، فهو سبب الاتفاق المطلوب شرط ، فكان اتباعه أولى.[4] ، وقد قال عز وجل : «واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا »، « إن الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعاً لست منهم في شيء » . وقال[5] عليه السلام : « لا تختلفوا فتختلف قلوبكم » . وقد قال عز وجل في مدح الاجماع : « وألف بين قلوبهم . لو أنفقت ما في الأرض جميعاً ما ألفت بين قلوبهم». ولكن الله

---

١ – هذا هو أول الكلام في (ج ، د) بعد الكلام الذي قاله الطوفي في الإجماع وتركته النسختان .
وقد ورد هذا الكلام فيهما بلفظ « وما يدل » .

٢ – في (الأصل) : فهو ، ولعله يعني دليل رعاية المصلحة .

٣ – ورد الفعلان في (ج ، د) مسندين إلى واو الجماعة ، أما في الأصل فقد وردا مبنيين للمجهول ، وهذا أقوى في أداء المعنى المقصود .

٤ – في (الأصل) : « ورعاية المصالح أمر حقيقي في نفسه ، ولا يختلف هو بسبب الاتفاق المطلوب شرعاً ، فكان تابعه أولى » .

٥ – في (الأصل) ' (وقوله) وكذلك هم (ج ، د) والمناسب وقال .

الله ألف بينهم » وقال عليه السلام : «وكونوا عباد الله إخوانا » .

ومن[1] تأمل ما حدث بين أئمة المذاهب من التشاجر والتنافر — علم صحة ما قلنا ، حتى إن المالكية استقلوا بالمغرب ، والحنفية بالمشرق ، فلا يقارّ أحد المذهبين أحداً من غيره في بلاده إلا على وجه ما[2] ، وحتى بلغنا أن أهل جيلان[3] من الحنابلة إذا دخل إليهم حنفي قتلوه وجعلوا ماله فيئاً : حكمهم في الكفار . وحتى بلغنا أن بعض بلاد ما وراء النهر من بلاد الحنفية كان فيه مسجد واحد للشافعية ، وكان والي البلد يخرج كل يوم لصلاة الصبح ، فيرى ذلك المسجد ، فيقول أما آن لهذه الكنيسة أن تغلق ؟ . فلم يزل كذلك حتى أصبح يوماً وقد سد باب ذلك المسجد بالطين واللبن ، فأعجب الوالي ذلك . ثم إن كلا من أتباع الأئمة يفضل إمامه على غيره في تصانيفهم ومحاوراتهم ، حتى رأيت حنفياً صنف مناقب أبي حنيفة ، فافتخر فيها بأتباعه (كأبي يوسف ، ومحمد ، وابن المبارك ، ونحوهم) ثم قال يعرض بباقي المذاهب :

أولئك آبائي فجئني بمثلهم ... إذا جمعتنـــــا يا جرير المجامع

وهذا شبيه بدعوى الجاهلية ، وغيره كثير.وحتى إن المالكية يقولون : الشافعي غلام مالك . والشافعية يقولون : أحمد بن حنبل غلام الشافعي . والحنابلة يقولون : الشافعي غلام أحمد بن حنبل ، وقد ذكره أبو الحسن القرافي في الطبقات من أتباع أحمد . والحنفية يقولون إن الشافعي غلام أبي حنيفة ؛ لأنه غلام محمد بن الحسن ، ومحمد غلام أبي حنيفة ، قالوا : لولا

---

١ – هذا الكلام عما حدث بين أئمة المذاهب وارد في (ا ، ب) وقد حذف من (ج ، د) ولم يشر إليه بشيء .

٢ – في (الأصل) : (ولا يعاد أحد المذهبين أحداً من غيره في بلاده إلا على وجه ما) ، وقد رأيت تصحيحها حسب السياق .

٣ – في ص ١٩٤ جـ ٣ من معجم البلدان أنها اسم لبلاد كثيرة من وراء بلاد طبرستان ، وأنه ليس فيها مدينة كبيرة ، إنما هي قرى في مروج بين جبال ... وقد نسب إليها من لا يحصى من أهل العلم في كل فن ، وعلى الخصوص في الفقه .

أن الشافعي من أتباع أبي حنيفة لما رضينا أن ننصب معه الخلاف . وحتى إن الشافعية يطعنون بأن أبا حنيفة من الموالي ، وأنه ليس من أئمة الحديث . وأحوج ذلك الحنيفة إلى الطعن في نسب الشافعي وأنه ليس قرشياً ، بل من موالي قريش . ولا إماماً في الحديث لأن البخاري ومسلماً أدركاه ولم يرويا عنه[1] ، مع أنهما[2] لم يدركا إماماً إلا رويا عنه ، حتى احتاج الإمام فخرالدين والتميمي ، في تصنيفهما مناقب الشافعي ، إلى الاستدلال على هاشميته ؛ وحتى جعل كل فريق يروي السنة في تفضيل إمامه ، فالمالكية رووا : « يوشك أن تضرب أكباد الإبل ولا يوجد أعلم من عالم المدينة » قالوا : وهو مالك . والشافعية رووا : « الأئمة من قريش » ، « تعلموا من قريش ولا تعالموها » أو « عالم قريش ملأ الأرض علماً » قالوا : ولم يظهر من قريش بهذه الصفة إلا الشافعي . والحنفية رووا : « يكون في أمتي رجل يقال له النعمان هو سراج أمتي ، ويكون فيهم رجل يقال له محمد بن ادريس هو أضر على أمتي من إبليس » والحنابلة رووا : « يكون في أمتي رجل يقال له أحمد بن حنبل يسير[3] على سنتي سير الأنبياء » ؛ أو كما قال ، فقد ذهب عني لفظه .

وقد ذكر أبو الفرج الشيرازي في أول كتابه المنهاج : « واعلم أن هذه الأحاديث ما بين صحيح لا يدل ودال[4] لا يصح . أما الرواية في مالك والشافعي فجيدة ، لكنها لا تدل على مقصودهم ؛ لأن (عالم المدينة) إن كان اسم جنس فعلماء المدينة كثير ، ولا اختصاص لمالك دونهم ، وإن كان اسم شخص فمن علماء المدينة الفقهاء السبعة وغيرهم من مشايخ مالك الذين أخذ عنهم ، وكانوا حينئذ أشهر منه ، فلا وجه لتخصيصه بذلك ؛ وإنما

---

١ - في (؟) : ولم يلقياه . وهو آخر ما ورد فيها شرحاً لحديث « لا ضرر ولا ضرار » أما المذكور بعد فقد أخذته من (ب) .

٢ - في (الأصل) : (ولم يدركا) وأعتقد أن السياق يقتضي هذا التصحيح .

٣ - في (الأصل) : (صيد ... صيد) وهو تحريف .

٤ - في (الأصل) : أو ذلك ، ولا معنى له .

حمل أصحابه على حمل الحديث عليه كثرة أتباعه ، وانتشار مذهبه في الأقطار ، وذلك أمارة على ما قالوا . وكذلك « الأئمة من قريش » لا اختصاص للشافعي به ، ثم هو محمول على الخلفاء في ذلك [1] ، وقد احتج به أبو بكر يوم السقيفة . وكذلك « تعلموا من قريش » لا اختصاص لأحد به . أما قوله : « عالم قريش يملأ الأرض علماً » فابن عباس يزاحم الشافعي فيه ، فهو أحق به لسبقه ، وصحبته ، ودعاء النبي صلى الله عليه وسلم له في قوله : « اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل » ، فكان يسمى بحر العلم وحبر العرب . وإنما حمل الشافعية الحديث على الشافعي لاشتهار مذهبه ، وكثرة أتباعه . على أن مذهب ابن عباس مشهور بين العلماء لا ينكر » .

وأما الرواية في أبي حنيفة وأحمد بن حنبل فموضوعة باطلة لا أصل لها : أما حديث « هو سراج أمتي » فأورده ابن الجوزي في الموضوعات ، وذكر أن مذهب الشافعي لما اشتهر أراد الحنفية إخماله ، فتحدثوا مع مأمون بن أحمد السلمي . وأحمد بن عبد الله الجوشاري [2] وكانا كذابين وضاعين ، ووضعا هذا الحديث في مدح أبي حنيفة وذم الشافعي ، و « يأبى الله إلا أن يتم نوره » . أما الرواية في أحمد بن حنبل فموضوعة قطعا ؛ لأنا قدمنا أن أحمد كان أحفظ الناس للسنة [3] ، وأشدهم بها إحاطة ؛ حتى ثبت أنه كان يذاكر تأليف [4] ألف حديث ، وأنه قال : خرّجت مسندي من سبعمائة ألف حديث وخمسين ألف حديث ، وجعلته حجة بيني وبين الله عز وجل ، فما لم تجدوه فيه فليس بشيء . ثم إن هذا الحديث الذي أورده الشيرازي في مناقب أحمد ليس في مسنده ، فلو كان صحيحاً لكان (هو) أولى الناس بإخراجه والاحتجاج به في محنته [5] التي ضيق الأرض ذكرها » اهـ .

١ – في (الأصل) : زيادة وردوا على ذلك ... وهي زيادة لا داعي لها نظري .
٢ – هذه الكلمة في (الأصل) مطموسة لا تكاد تقرأ ، وقد رجحت أنها هكذا .
٣ – في (الأصل) : السنة بدون اللام وهو تحريف .
٤ – هكذا في الأصل .
٥ – في (الأصل) : في محبته ، وهو تحريف .

فانظر بالله أمرا يحمل الأتباع على وضع الأحاديث في تفضيل أئمتهم، وذم بعضهم. وما مبعثه إلا تنافس المذاهب في تفضيل الظواهر ونحوها [1] على رعاية المصالح الواضح بيانها، الساطع برهانها، فلو اتفقت كلمتهم بطريق ما لما كان شيء مما ذكرنا عنهم.

واعلم أن من أسباب الخلاف الواقع بين العلماء تعارض الروايات والنصوص. وبعض الناس يزعم أن السبب في ذلك عمر بن الخطاب؛ وذلك أن أصحابه استأذنوه في تدوين السنة في [2] ذلك الزمان، فمنعهم من ذلك، وقال: «لا أكتب مع القرآن غيره»، مع علمه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «اكتبوا لأبي شاه خطبة الوداع» وقال: «قيدوا العلم بالكتابة» قالوا: فلو ترك الصحابة يدون كل واحد منهم ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم لانضبطت السنة، ولم يبق بين أحد من الأمة وبين النبي صلى الله عليه وسلم في كل حديث إلا الصحابي الذي دوّن روايته؛ لأن تلك الدواوين تتواتر عنهم إلينا، كما تواتر البخاري ومسلم ونحوهما.

الوجه الثالث [3]: (أنه) قد ثبت في السنة معارضة النصوص بالمصالح ونحوها في قضايا. ومنها. معارضة ابن مسعود للنص والإجماع في التيمم بمصلحة الاحتياط في العبادة، كما سبق.

ومنها قوله عليه السلام لأصحابه حين فرغ من الأحزاب: «لا يصلين أحدكم العصر إلا في بني قريظة»، فصلى بعضهم [4] قبلها، وقالوا: لم يرد منا ذلك، وهو شبيه بما ذكرنا.

ومنها قوله عليه السلام لعائشة: «لولا قومك حديثو عهد بالإسلام لهدمت الكعبة وبنيتها على قواعد إبراهيم»، وهو يدل على أن بناءها على قواعد إبراهيم

---

١ - في (الأصل): وما تثبيته إلا تناسهم في المذاهب في تحيكهم الظواهر ونحوها ...

٢ - في (الأصل): من.

٣ - انظر ص. (٣٥) من هذا الملحق.

٤ - في (ج، د) فصل أحدهم. وما هنا هو ما في (الأصل) وهو أقرب، بدليل (وقالوا) بعده.

هو الواجب في حكمها ، فتركه لمصلحة الناس [1] .

ومنها أنه عليه السلام لما أمرهم بجعل الحج عمرة قالوا : كيف وقد سمينا الحج ؟ ، وتوقفوا . وهو معارضة للنص بالعادة ، وهو شبيه بما نحن فيه .

وكذلك [2] يوم الحديبية ، لما أمرهم بالتحلل توقفوا تمسكا بالعادة ، في أن لا حل قبل قضاء المناسك ، حتى غضب النبي صلى الله عليه وسلم وقال : « مالي آمر بالشيء [3] فلا يفعل ؟ » .

ومنها ما روى أبو يعلى الموصلي في مسنده أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أبا بكر ينادي : « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة » فوجده عمر فردّه ، وقال : « إذاً يتكلوا [4] » .

وكذلك رد عمر أبا هريرة عن مثل ذلك في حديث صحيح ، وهو معارضة لنص الشرع بالمصلحة .

ومنها [5] ما روى الموصلي أن رجلا دخل المسجد يصلي ؛ فأعجب الصحابة سمته ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لأبي بكر : « اذهب فاقتله » فذهب فوجده يصلي ، فرجع عنه ، ثم أمر عمر فرجع كلاهما يقول « كيف أقتل رجلا يصلي ؟ » ثم أمر علياً بقتله ، فلم يجده ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « لو قتل لم يختلف من أمتي اثنان » فهذان الشيخان تركا النص ولا مستند لهما إلا استحسان إقباله على العبادة . ولا يقال إنما تركا هذا النص على قتله بقوله عليه السلام : « نهيت عن قتل المصلين » ؛ لأن ذلك نسخ في حق هذا الشخص بهذا النص الخاص المتأخر ، وظهر أن [6] تركهما الأمر

---

١ - في (الأصل) : لمصلحة التتالف .
٢ - هكذا في (جـ ، د) . أما في (ب) فقد حرفت إلى : ذلك .
٣ - في (ب) بشيء ، وقد آثرت ما في (جـ ، د) وهو ما أثبته هنا .
٤ - في (ب) : يتكلموا ، وهو تحريف .
٥ - لم يرد هذا المثال في (جـ ، د) .
٦ - في (ب) بدون (أن) هذه . ويبدو أن وجودها ضروري لاستقامة الجملة .

بقتله إنما كان استحسانا منهما مجردا ، وهو من باب ما نحن فيه : من معارضة النصوص ونحوها بالمصالح ، هذا مع أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليهما ترك أمره ، ولا عاتبهما ، ولا ثرّب عليهما ، بل سلم لهما حالهما ، وأجاز اجتهادهما ؛ لما علم من نيتهما وصدقهما في ذلك ، فكذلك من قدم رعاية مصالح المكلفين على باقي أدلة الشرع بقصد إصلاح شأنهم [1] وانتظام حالهم ، وتحصيل ما تفضل الله عز وجل به عليهم من الصلاح وجمع الأحكام من التفرق ، وائتلافها عن الاختلاف . فوجب أن يكون جائزا ، إن لم يكن متعينا .

(فوجب أن يكون تقديم رعاية المصالح على باقي أدلة الشرع من مسائل الاجتهاد على أقل أحواله ، وإلا فهو راجح متعين) كما ذكرنا [2] .

فقد ظهر بما قررناه أن دليل رعاية المصالح أقوى من دليل الإجماع ، فليقدم عليه وعلى غيره من أدلة الشرع عند التعارض ، بطريق البيان .

اعتراضات وردود عليها :

فإن قيل : حاصل ما ذهبتم إليه تعطيل الشرع بقياس مجرد ، وهو كقياس إبليس فاسد الوضع والاعتبار ، قلنا : هذا وهم واشتباه ، من نائم بعيد [3] الانتباه ، وإنما هو تقديم دليل شرعي على أقوى منه وهو دليل [4] الإجماع ، على وجوب العمل بالراجح ، كما قدمتم أنتم الإجماع على النص ، والنص على الظاهر .

وقياس إبليس ، وهو « أنا خير منه خلقتني من نار وخلقته من طين » لم يقم عليه ما قام على رعاية المصالح من البراهين ، وليس هذا من باب فساد

---

١ - في (ب) بقصد ترك إصلاح . وهو تحريف واضح .
٢ - الكلام الذي بين قوسين هنا - سقط من (جـ ، د) .
٣ - في (جـ ، د) بعد ، وهو تحريف لما في الأصل .
٤ - هكذا في (جـ ، د) أما في (ب) فقد وردت : وهو متعين الإجماع ...

الوضع ، بل من باب تقديم الراجح كما ذكرنا .

فإن قيل : الشرع أعلم بمصالح الناس ، وقد أودعها أدلة الشرع وجعلها أعلاما عليها تعرف بها ، فترك أدلته لغيرهما مراغمة ومعاندة له — قلنا : أما كون الشرع أعلم بمصالح المكلفين فنعم . وأما كون ما ذكرنا من رعاية المصالح تركا لأدلة الشرع بغيرها فممنوع ، بل إنما تترك أدلته بدليل شرعي راجح عليها ، مستند إلى قوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » كما قلتم في تقديم الإجماع على غيره من الأدلة . ثم إن الله عز وجل جعل لنا طريقا إلى معرفة مصالحنا عادة ، فلا نتركه لأمر مبهم ، يحتمل أن يكون طريقاً إلى المصلحة وألا يكون ...

فإن [1] قيل : إجماع الأمة حجة قاطعة تخالف — قلنا : إن عنيتم بكونه قاطعاً القطع العقلي الذي لا يحتمل النقيض [2] كقولنا ، الواحد نصف الاثنين فلا نسلم أن الإجماع قاطع بهذا المعنى . وإن عنيتم به استناده [3] إلى دليل قاطع فقد سبق تفصيل جوابه في الاعتراض على دلالة الآية الثانية من أدلة الإجماع . وإن عنيتم به أنه لا يجوز خلافه — فهو عين الدعوى ومحل النزاع بيننا ، وعندنا يجوز خلافه بأقوى منه ، وقد بيناه .

فإن قيل : خلاف الأمة في مسائل الأحكام رحمة وسعة ، فلا نحويه حصرهم من جهة واحدة ؛ لئلا يضيق مجال الاتساع ، قلنا : هذا الكلام ليس منصوصاً عليه من جهة الشرع حتى يمتثل ، ولو كان لكان [4] مصلحة الوفاق أرجح من مصلحة الخلاف ، فتقدم . ثم ما ذكرتموه من مصلحة الخلاف بالتوسعة على المكلفين معارض بمفسدة [5] تعرض منه ، وهو أن

---

١ — هذا الاعتراض وجوابه ساقطان من (ج ، د) ..
٢ — في (الأصل) الذي يحتمل نقيض ... وهو تحريف .
٣ — في (الأصل) : إسناد وهو محرف في نظري عما ذكرته .
٤ — في (الأصل) : لكن ، وهو تحريف .
٥ — في (الأصل) : لمفسدة ، وهو تحريف .

الآراء اذا اختلفت وتعددت ، اتبع بعض رخص المذاهب ، فأفضى إلى الانحلال والفجور ، كما [1] قال بعضهم :

فاشرب ولط وازني وقامر واحتجج   في كل مسألة بقول إمام ...

يعني بذلك شرب النبيذ وعدم الحد في اللواط على رأي أبي حنيفة ، والوطء في الدبر ما يعزى إلى مالك ، ولعب الشطرنج على رأي الشافعي .

وأيضاً ، فإن بعض أهل الذمة ربما أراد الإسلام ، فيمنعه كثرة الخلاف وتعدد الآراء ، ظنا منه أنهم مخطئون [2] ؛ لأن الخلاف مبعود عنه [3] بالطبع . ولهذا قال الله تعالى : « الله نزّل أحسن الحديث كتابا متشابها » أي يشبه بعضه بعضا ، ويصدّق بعضه بعضا ، لا يختلف إلا بما فيه من المتشابهات ، وهي ترجع إلى المحكمات بطريقها . ولو اعتمدت رعاية المصالح المستفادة من قوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » على ما تقرر ، لا تحد طريق الحكم وانتهى الخلاف ، فلم [4] يكن ذلك شبهة في امتناع من أراد الإسلام ، من أهل الذمة وغيرهم .

فإن قيل : هذه الطريقة التي سلكتها إما أن تكون خطأً فلا يُلتفت إليها ، أو صوابا : فإما أن ينحصر الصواب فيها أو لا . فإن انحصر لزم أن الأمة من أول الإسلام إلى حين ظهور هذه الطريقة على خطأ ؛ إذ لم يقل بها أحد منهم . وإن لم ينحصر فهي طريق جائزة من الطرق ، لكن طريق الأئمة التي اتفقت الأمة على اتباعها أولى بالمتابعة ؛ لقوله عليه السلام : « اتبعوا السواد الأعظم ، فإنه من شذّ في النار » ، فالجواب أنها ليست خطأً لما ذكرنا عليها من البرهان ، ولا الصواب منحصر فيها قطعاً ، بل ظناً واجتهاداً ، وذلك يوجب المصير إليها ؛ إذ الظن في العرفيات كالقطع في غيرها . وما يلزم على

---

١ – هذا المثال وشرحه ليس في (جـ ، د) .

٢ – سقط هذا التعليل من (جـ ، د) .

٣ – في (جـ ، د) : منفور منه .

٤ – هذا الاستنتاج ساقط من (جـ ، د) .

من خطأ الأمة فيما قبله لازم على كل ذي رأي أو طريقة انفرد بها غير مسبوق إليها . والسواد الأعظم الواجب اتباعه هو الحجة والدليل الواضح ؛ وإلا لزم أن يتبع العلماء العامة إذا خالفوهم ؛ لأن العامة أكثر ، وهم [1] السواد الأعظم .

بين الطوفي والإمام مالك :

واعلم أن هذه الطريقة [2] التي ذكرناها مستفيدين لها من الحديث المذكور ليست هي القول بالمصالح المرسلة على ما ذهب إليه مالك ، بل هي أبلغ من ذلك ، وهو التعويل على النصوص والإجماع في العبادات والمقدرات ، وعلى اعتبار المصالح في المعاملات وباقي الأحكام .

أدلة العبادات :

وتقرير ذلك أن الكلام في أحكام الشرع إما أن يقع في العبادات والمقدرات ونحوها ، أو في المعاملات والعادات وشبهها . فإن وقع في الأولى [3] اعتبر فيه النص والإجماع ونحوهما من الأدلة . غير أن الدليل على الحكم إما أن يتحد [4] أو يتعدد ، فإن اتحد مثل أن كان فيه آية أو حديث أو قياس أو غير ذلك ثبت به . وإن تعدد الدليل مثل أن كان آية وحديثاً وقياساً واستصحاباً ونحوه ، فإن اتفقت الأدلة على إثبات أو نفي ثبت بها ، وإن تعارضت فيه فإما تعارضاً يقبل الجمع أو لا يقبله . فإن قبل الجمع جمع بينهما ، لأن الأصل في أدلة الشرع الإعمال لا الإلغاء ، غير أن الجمع بينهما يجب أن يكون بطريق قريب واضح ، لا يلزم معه التلاعب ببعض الأدلة . وإن لم يقبل الجمع

---

١ – في (ب ، جـ ، د) وهو . وقد آثرت عودة الضمير إليهم مجموعاً .

٢ – في (جـ ، د) زيادة (هي) ههنا ، وهي زيادة تفسد المعنى .

٣ – في (ب) : الأول . وهو تحريف .

٤ – يقصد : يتوحد ، أي يكون واحداً فقط ، بدليل مقابله . وهكذا في سائر ما يأتي .

فالإجماع ، مقدم على ما عداه من الأدلة التسعة عشر ، والنص مقدم على ما عدا الإجماع ثم النص منحصر في الكتاب والسنة ، ثم لا يخلو ، إما أن ينفرد بالحكم أحدهما أو يجتمعا فيه ، فإن انفرد به أحدهما فإما الكتاب [1] أو السنة ، فإن انفرد به الكتاب فإما أن يتحد الدليل أو يتعدد ، فإن اتحد بأن كان في الحكم آية واحدة عمل بها إن كانت نصاً أو ظاهراً فيه ، وإن كانت مجملة فإن كان أحد [2] احتماليها أو احتمالاتها أشبه بالأدب مع الشرع عمل به ، وكان ذلك كالبيان . وإن استوى احتمالاها في الأدب مع الشرع جاز الأمران ، والمختار أن يتعبد بكل منهما مرة وإن لم يظهر وجه الأدب فيهما [3] وقف الأمر على البيان .

وإن [4] تعدد الدليل من الكتاب — بأن [5] كان في الحكم منه آيتان فأكثر — فإن اتفق مقتضاهن فكالآية الواحدة ، وإن اختلف : فإن قبل الجمع جمع [6] بينهن بتخصيص أو تقييد أو نحوه ، وإن [7] لم يقبل الجمع : فإن علم نسخ بعضها بعينه فالعمل على ما سواه وإن لم يعلم نسخ بعضها ، فالمنسوخ منهما مبهم [8] ، وليستدل عليه بموافقة السنة غيره ، إذ السنة بيان الكتاب ، وهي إنما تبين ما ثبت حكمه لا ما نسخ .

وإن انفردت السنة بالحكم : فإن كان فيه حديث واحد فإن صح عمل به كالآية الواحدة . وإن لم يصح لم يعتمد عليه ، وأخذ الحكم من الكتاب إن

---

١ – في (ب) : فأما الكتاب والسنة ، وهو تحريف .

٢ – في (ب) ، إحدى ، وهو تحريف .

٣ – في (جـ ، د) سقط الجار والمجرور .

٤ – في (ب) ، فإن ، والمناسب ما في (جـ ، د) .

٥ – في (جـ ، د) : فإن كان ، وهو تحريف عما أثبتناه .

٦ – سقطت هذه الكلمة من (ب) ، فبقي الشرط هناك دون جواب .

٧ – في (ب) : فإن لم بالفاء ، والمكان للواو .

٨ – وردت هذه العبارة في (جـ ، د) هكذا : فإن علم نسخ بعضها بعينه نبها ، وإلا فالمنسوخ منها مبهم :

وجد [١] ، وإلا فمن الاجتهاد إن ساغ ، مثل أن يعمل بما هو أشبه بالأدب مع الشرع ، وتعظيم حقه . وإن لم يسغ [٢] فيه الاجتهاد وقف على البيان .

وإن كان فيه أكثر من حديث – فإن صحت جميعها : فإما أن تتساوى [٣] في الصحة أو تتفاوت [٣] ، فإن تساوت في الصحة فإن اتفق مقتضاها فكما لحديث الواحد ، وإن إختلف [٤] فإن قبل الجمع جمع بينهما ، وإلا فبعضها منسوخ ، فإن تعين وإلا استدل عليه [٥] بموافقة الكتاب أو الإجماع غيره ، أو بغير ذلك من الأدلة .

وإن لم تصح جميعها – فإن كان الصحيح منها واحداً فكما لو لم يكن في الحكم إلا حديث وإن كان الصحيح أكثر من واحد فإن اتفقت عمل بها ، وإن اختلفت جمع بينها إن أمكن الجمع ، وإلا فبعضها منسوخ كما سبق فيما إذا كان جميع الأحاديث صحيحاً .

وإن تفاوتت في الصحة – فإن كان بعضها أصح من بعض : فإن اتفق مقتضاها فلا إشكال ، وهي كالحديث الواحد وإن تعارض [٦] فإن قبلت الجمع جمع بينها ، وإن لم تقبله قدم الأصح فالأصح .

ثم إن اتحد الأصح عمل به ، وإن تعدد : فإن [٧] اتفق فكالحديث الواحد ، وإن تعارض جمع بينه إن قبل الجمع ، وإلا فبعضه منسوخ : معين ، أو مبهم يستدل عليه بما سبق .

إن اجتمع في الحكم كتاب وسنة – فإن اتفقا عمل بهما ، وأحدهما بيان للآخر أو مؤكد له . وإن اختلفا – فإن أمكن الجمع بينهما جمع ، وإن لم

---

١ – في (ب) : يوجد .

٢ – في (ب) : يتبع ، وهو تحريف .

٣ – في (ب) يتساوى ، ويتفاوت .

٤ – هكذا في (ب) . أما (جـ ، د) فقد ورد الفعل فيهما (اختلف) ، وهو تحريف .

٥ – في (ب) : فالاستدلال عليه ، وهو تحريف .

٦ – في جميع النسخ : (تعارضت) وهو خطأ ؛ لأنه مقابل « فإن اتفق مقتضاها » .

٧ – سقط هذا الشرط والفعل الذي قبله من (ب) ، ففسد المعنى هناك ...

يمكن : فإن اتجه نسخ أحدهما بالآخر نسخ به ، وإن لم يتجه فهو محل نظر وتفصيل ، والأشبه تقديم الكتاب ؛ لأنه الأصل الأعظم ، فلا يترك بفرعه .

هذا تفصيل القول في أحكام العبادات .

أدلة المعاملات :

أما المعاملات ونحو ها فالمتبع فيها مصلحة الناس كما تقرر :

فالمصلحة وباقي أدلة الشرع إما أن يتفقا أو يختلفا ، فإن اتفقا فبها ونعمت ، كما اتفق النص والإجماع والمصلحة على إثبات الأحكام الخمسة الكلية الضرورية ، وهي قتل القاتل والمرتد ، وقطع السارق ، وحد القاذف [1] والشارب ، ونحو ذلك من الأحكام التي وافقت فيها أدلة الشرع المصلحة وإن اختلفا فإن أمكن الجمع فاجمع بينهما [2] ، مثل أن يحمل بعض الأدلة على بعض الأحكام والأحوال دون بعض ، على وجه لا يخل بالمصلحة ، ولا يفضي [3] إلى التلاعب بالأدلة أو بعضها ؛ وإن تعذر الجمع بينهما قدمت المصلحة على غيرها ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » ، وهو خاص في نفي الضرر المستلزم لرعاية المصلحة ، فيجب تقديمه . ولأن المصلحة هي المقصودة من سياسة المكلفين بإثبات الأحكام ، وباقي الأدلة كالوسائل ، والمقاصد واجبة التقديم على الوسائل .

عندما تتعارض المصالح ...

ثم إن المصالح والمفاسد قد تتعارض فتحتاج إلى ضابط يدفع محذور تعارضها فنقول : كل حكم نفرضه فإما أن تتمحض مصلحته أو مفسدته ، أو يجتمع فيه

---

١ – في (ب) : وحد القذف ، والمناسب ما في (جـ ، د) .

٢ – في (جـ ، د) فإن أمكن الجمع بينهما بوجه ما جمع ... وقد آثرت ما في (ب) .

٣ – في (ب) ولا يفضي إلى ... وهو تحريف .

٤ – وردت العبارة في (جـ ، د) هكذا : كل حكم تفرضه فاما أن تتمحض مصلحته ، فإن =

الأمران . فإن تمحضت مصلحته — فإن اتحدت[1] (بأن كان فيه مصلحة واحدة) حصلت . وإن تعددت (بأن كان فيه مصلحتان أو مصالح) فإن أمكن تحصيل جميعها حصل . وإن لم يمكن حصل الممكن . وإن تعذر ما زاد على المصلحة الواحدة — فإن تفاوتت المصالح في الاهتمام بها حصل الأهم منها ، وإن تساوت في ذلك حصلت واحدة منها بالاختيار ، إلا أن يقع ههنا تهمة فبالقرعة .

وإن تمحضت مفسدته فإن اتحدت دفعت ، وإن تعددت فإن أمكن درء جميعها درئت ، وإن تعذر[2] درىء منها الممكن . فإن تعذر درء ما زاد على مفسدة[2] واحدة — فإن تفاوت في عظم المفسدة دفع أعظمها ، وإن تساوت في ذلك فبالاختيار ، أو القرعة إن اتجهت التهمة[3] .

وإن اجتمع فيه الأمران المصلحة والمفسدة — فإن أمكن تحصيل المصلحة ودفع المفسدة تعين ، وإن تعذر فعل الأهم من تحصيل أو دفع إن تفاوتا[4] في الأهمية ، وإن تساويا فبالاختيار ، أو القرعة إن اتجهت التهمة .

وإن تعارض مصلحتان أو مفسدتان ، أو مصلحة ومفسدة ، وترجح كل واحد من الطرفين من وجه دون وجه[5] — اعتبرنا أرجح الوجهين تحصيلا أو دفعا . فإن استويا في ذلك عدنا إلى الاختيار أو القرعة .

فهذا ضابط مستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا

---

1 - اتحد ... الخ بدون مقابل إما ، وقد أشارت ( ) إلى هذا . ثم عثرت على العبارة في (ب) كما أثبتها هنا غير أني آثرت (بأن) على (فإن) بعد الفعلين اتحدت ، وتعددت لأن المذكور بعد كل منهما تفسير له ، لا تفريع عليه .

2 - في (ج ، د) تعددت ، وهو تحريف ، لأنه مقابل فإن أمكن ...

2 - في (ب ، ج ، د) : مصلحة ، وهو خطأ من الناسخ أو سهو من المؤلف ، إذ المفسدة هي التي تدرأ لا المصلحة .

3 - في (ب) : إن تحققت تهمة .

4 - في (ب) أو يتفاوتا ، وهو تحريف .

5 - في (ب) : فرجح كل واحد من الطرفين وجه دون وجه ...

ضرار » ، يُتوصل به إلى أرجح الأحكام غالبا، وينتفي به الخلاف بكثرة الطرق والأقوال ، مع أن في اختلاف الفقهاء ، فائدة عرضت خارجة عن المقصود ، وهي معرفة الحقائق التي تتعلق بالأحكام ، وأعراضها ونظائرها ؛ والفروق بينها ، وهي شبيهة بفائدة الحساب من جزالة الرأي ...

لماذا لم تعتبر المصلحة في العبادات ؟

وإنما اعتبرنا المصلحة في المعاملات ونحوها دون العبادات وشبهها ؛ لأن العبادات حق [1] للشرع خاص به ، ولا يمكن معرفة حقه كماً وكيفاً وزماناً ومكاناً إلا من جهته ، فيأتي به العبد على ما رسم له . ولأن غلام أحدنا لا يعد مطيعاً خادما له إلا إذا امتثل ما رسم له سيده ، وفعل ما يعلم أنه يرضيه ، فكذلك ههنا ، ولهذا لما تعبدت الفلاسفة بعقولهم ورفضوا الشرائع ؛ أسخطوا الله عز وجل ، وضلوا وأضلوا ، وهذا بخلاف حقوق المكلفين فإن أحكامها سياسية شرعية وضعت لمصالحهم ، فكانت [2] هي المعتبرة ، وعلى تحصيلها المعول .

ولا يقال إن الشرع أعلم بمصالحهم فلتؤخذ[3] من أدلته ؛ لأنا قد قررنا أن رعاية [4] المصلحة من أدلة الشرع ، وهي أقواها [5] وأخصها ، فلنقدمها في تحصيل المصالح .

ثم هذا إنما يقال في العبادات التي تخفى مصالحها عن مجاري العقول والعادات . أما مصلحة سياسة المكلفين في حقوقهم فهي معلومة لهم بحكم العادة

---

١ – في (ب) : حق الشرع ، وهو تحريف .

٢ – في (جـ ، د) : وكانت ، بالواو . وما في (ب) هو المناسب .

٣ – في (ب) : فيؤخذ ...

٤ – في (جـ ، د) أن المصلحة ، وفي (ب) ، أن غاية المصلحة ، وقد رأيت تصحيحها إلى رعاية المصلحة .

٥ – في (ب) : من أقواها ، والعبارة بدون (من) أكثر تمشياً مع ما سبق أن قرره ...

والعقل ، فإذا رأينا دليل الشرع متقاعدا عن إفادتها علمنا أنا أحلنا في تحصيلها على رعايتها ، كما أن النصوص لما كانت لا تفي بالأحكام علمنا أنا أحلنا بتمامها على القياس ، وهو إلحاق المسكوت عنه بالنصوص عليه ، بجامع بينهما .

والله عز وجل أعلم بالصواب .

العرف

قدمنا في مبحث الاستحسان أن الحنفية عدوا من أنواع الاستحسان، الاستحسان الذي سنده العرف ومثلوا له بتجويز عقد الاستصناع . وأن المالكية عدوا أيضاً من أنواع الاستحسان الاستحسان الذي سنده العرف ومثلوا له بعدم حنث من أكل سمكا إذا حلف لا يأكل لحماً .

واشتهر على ألسنة الشرعيين قولهم — العرف في الشرع له اعتبار — وقولهم العرف شريعة محكّمة — ولهذا نخص العرف بالبحث لنعرف مدى اعتبار الشرع له . وأثره في التشريع وفي القضاء .

تعريفه — العرف هو ما يتعارفه الناس ويسيرون عليه غالباً من قول أو فعل . والعرف والعادة في لسان الشرعيين لفظان مترادفان معناهما واحد . ومثال العرف القولي تعارف الناس على اطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى . وتعارفهم على اطلاق لفظ اللحم على غير لحم السمك . ومثال العرف الفعلي تعارفهم على البيع بالتعاطي من غير صيغة لفظية بالإيجاب والقبول . وتعارفهم على أن الزوجة لا تزف إلى زوجها إلا بعد أن تقبض جزءاً من مهرها .

والفرق بين العرف والإجماع من وجوه . أحدها أن العرف يتكون من توافق غالب الناس على قول أو فعل بما فيهم العامة والخاصة والقارئون والأميون والمجتهدون . وأما الإجماع فلا يتكون إلا من اتفاق المجتهدين خاصة على

حكم شرعي عملي ولا مدخل فيه لغير المجتهدين من تجار أو عمال أو أية طائفة من الناس غير المجتهدين . وثانيها أن العرف يتحقق بتوافق جميع الناس وبتوفيق غالبهم أي أن شذوذ بعض الأفراد عما عليه العرف لا ينقض العرف ولا يحول دون اعتباره .

وأما الإجماع فلا يتحقق إلا باتفاق جميع المجتهدين من المسلمين في عصر وقوع الواقعة المعروضة ، ومخالفة مجتهد واحد أو أكثر تنقض الإجماع . وثالثها أن الحكم الذي يستند إلى الإجماع الصريح يكون كالحكم الذي يستند إلى النص ولا مساغ للاجتهاد فيما فيه نص أو إجماع وأما الحكم الذي يستند إلى العرف فهو يتغير بتغير العرف وليست له قوة الحكم الذي سنده النص أو الإجماع .

أنواعه : العرف نوعان : العرف الصحيح وهو ما تعارفه الناس وليست فيه مخالفة لنص ولا تفويت مصلحة ولا جلب مفسدة كتعارفهم اطلاق لفظ على معنى عرفي لهم غير معناه اللغوي وتعارفهم وقف بعض المنقولات وتعارفهم تقديم بعض المهر وتأجيل بعضه،وتعارفهم أن ما يقدمه الخاطب إلى خطيبته من ثياب وحلوى ونحوها يعتبر هدية وليس من المهر .

والعرف الفاسد وهو ما يتعارفه الناس مما يخالف الشرع أو يجلب ضرراً أو يفوت نفعاً كتعارفهم بعض العقود الربوية أو بعض العادات المستنكرة في المآتم والموالد وفي كثير من احتفالاتهم .

مدى اعتبار العرف : أما العرف الصحيح الذي لا يخالف أصلا شرعياً فعلى المجتهد أن يراعيه في الاجتهاد وعلى القاضي أن يراعيه في قضائه . والدليل على هذا أمران : أحدهما أن الشارع الإسلامي في تشريعه راعى عرف العرب في بعض أحكامه . فوضع الدية على العاقلة . واشترط الكفاءة في الزواج . وبنى الولاية في الزواج على العصبية وكذلك الإرث ؛ وثانيهما أن ما يتعارفه الناس من قول أو فعل يصير من نظام حياتهم ومن حاجاتهم ، فإذا قالوا أو كتبوا

فإنما يعنون المعنى المتعارف لهم . وإذا عملوا فإنما يعملون على وفق ما تعارفوه واعتادوه . وإذا سكتوا عن التصريح بشيء فهو اكتفاء بما يقضي به عرفهم ولهذا قال الفقهاء المعروف عرفا كالمشروط شرطا . وقالوا إن الشرط في العقد يكون صحيحاً إذا اقتضاه العقد أو ورد به الشرع ، أو جرى به العرف .

وأما العرف الفاسد أي المخالف لأصل شرعي أو حكم ثابت بالنص فلا يراعيه المجتهد في اجتهاده وفتواه ولا القاضي في قضائه . ولهذا ما راعى الشارع الإسلامي في تشريعه بعض ما جرى عليه عرف العرب من زواج المقت والطواف بالبيت عراة وأمثال هذا .

ولكن إذا تعارف الناس عقدا أو تصرفا من العقود أو التصرفات الفاسدة حسب أحكام الشريعة كعقد الرهن الذي ينتفع فيه المرتهن بالمرهون باشتراط هذا في العقد أو كعقد مضاربة اشترط فيه لرب المال من الربح قدر معين لا نسبي . أو عقد من التأمينات ففي مراعاة هذا العرف نظر من وجهة أخرى وقد وضحها الشيخ محمد الخضر حسين شيخ الأزهر سابقاً في بحث كتبه بمجلة الأزهر وعنوانه — مراعاة العرف — وننقل عنه ما يأتي بنصه . قال :

« ويراعى العرف في القضاء والفتوى ، وليس للفقيه أن يفتي أو يقضي بما جرى به العرف المخالف لأصل من أصول الشريعة إلا أن تدعو إلى ما جرى به العرف ضرورة فيكون الحكم مبنياً على مراعاة الضرورة ويدخل في قبيل الرخصة التي يقررها الفقيه على سبيل الاجتهاد .

فشأن الفقيه أن ينظر في المعاملات المخالفة لأصل من أصول الشريعة فإن وجدها ناشئة عن ضرورة كان له أن يستثنيها من أصل المنع ويجعل الضرورة علة استثنائها من ذلك الأصل . فإن كانت ناشئة عن جهالة أو هوى غالب فما له إلا أن يفتي بفسادها ويعلم الناس وجه المعاملة الصحيحة . ولا يصح أن يجعل ما يجري به العرف الفاسد أمراً مشروعاً ويفتي بصحته دون أن تدعو إليه ضرورة يحسن العارف بمقاصد الشريعة تقديرها . قال العلامة أبو

عبد الله بن شعيب أحد علماء تونس في القرن الثامن « وغلبة الفساد إنما هي من إهمال حملة الشريعة ولو أنهم نقضوا عقود الفساد لم يستمر الناس على الفساد » وقال الشيخ ابراهيم الرياحي التونسي في إحدى فتاويه « والعرف المعتبر هو ما يخصص العام ويقيد المطلق وأما عرف يبطل الواجب ويبيح الحرام فلا يقول به أحد من أهل الإسلام ، فإذا أفتى بعض الفقهاء بصحة عقد مخالف لأصل شرعي وظهر من عبارته أنه استند في إفتائه إلى جريان العرف بهذا العقد فاعلم أن العبارة لم تفرغ في قالب التحقيق أو أنه لم يزن الفتوى بقسطاس الشرع المستقيم » .

ومما يستند إليه هذا الرأي أن الرسول صلى الله عليه وسلم لما وجد عرف أهل المدينة جاريا على بيع السلم وعلى بيع العرايا وأصبح هذان النوعان من البيوع التي لا يستغنى عنهما المتعاملون أباحهما فرخص في السلم ورخص في العرايا مع أن كلا منهما بحسب الأحكام الشرعية عقد غير صحيح لأن السلم بيع م غير موجود وقت البيع بثمن حال فهو عقد على معلوم وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع المعدوم . والعرايا بيع الرطب على النخل بالتمر الجاف و هذا لا يمكن فيه التحقق من تساوي البدلين وقد نهى صلى الله تعالى عليه وسلم عن بيع الشيء بجنسه متفاضلا ولكن ضرورات الناس دعتهم إلى هذا النوع من التعامل وجرى عرفهم به فراعى رسول الله ضرورتهم وعرفهم ورخص فيه.

والأحكام التي روعي فيها العرف تتغير بتغير العرف ولهذا خالف بعض المتأخرين من الفقهاء بعض أئمتهم ومتقدميهم بناء على اختلاف العرف في زمنهم ولما قال محمد بن الحسن : يعفى عن رشاش البول وخالفه في هذا أبو يوسف قال لو رأى صاحبي مرو وما عليه سكانها لوافقني .وكثيراً ما قال الفقهاء عن اختلافهم إنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان .

والإمام الشافعي لما هبط مصر غير بعض الأحكام التي كان قد ذهب إليها في بغداد لما رآه من بعد العرف في مصر عن عرف بغداد ومن أجل هذا كان له مذهبان القديم والجديد .

وبالنظر الدقيق في العرف وأمثلته وما قال الأصوليون والفقهاء فيه يتبين أن العرف ليس دليلا مستقلا يشرع الحكم في الواقعة بناء عليه وإنما هو دليل يتوصل به إلى فهم المراد من عبارات النصوص ومن ألفاظ المتعاملين وإلى تخصص العام منها وتقييد المطلق . ويستند إليه في تصديق قول أحد المتداعيين إذا لم توجد لأحدهما بينة . وفي رفض سماع بعض الدعاوي التي يكذبها العرف . وفي اعتبار الشرط الذي جرى به العرف . وفي الترخيص بمحظور دعت إليه ضرورة الناس وجرى به عرفهم وفي أمثال هذا مما يجعل اجتهاد المجتهد أو قضاء القاضي ملائماً حال البيئة ومتفقا وإلف الناس ومصالحهم . قال شهاب الدين القرافي في قواعده « إذا جاءك رجل من غير اقليمك لا تجره على عرف بلدك والمقرر في كتبك فهذا هو الحق الواضح . والجمود على المنقولات أيا كانت اضلال في الدين وجهل بمقاصد المسلمين والسلف الماضين .

الاستصحاب

تعريفه :

الاستصحاب في اللغة العربية المصاحبة، تقول استصحبت في سفري الكتاب أو الرفيق أي جعلته مصاحباً لي واستصحبت ما كان في الماضي أي جعلته مصاحباً إلى الحال .

والاستصحاب في اصطلاح الأصوليين هو استبقاء الحكم الذي ثبت بدليل في الماضي قائماً في الحال حتى يوجد دليل بغيره أو هو اعتبار الحكم الذي ثبت في الماضي بدليل مصاحبا لواقعته وملازماً لها متى يوجد دليل يدل على قطع هذه المصاحبة .

وزيادة في إيضاح التعريف نقول :

إذا دل دليل على ثبوت حكم شرعي لواقعة ودل هذا الدليل نفسه على بقاء هذا الحكم واستمراره فإن ثبوت الحكم لواقعته وبقاءه واستمراره ثابتان بالدليل الشرعي ولا يختلف في هذا اثنان ومثاله قول الله تعالى فيمن قذفوا المحصنات بالزنا : « ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا » فهذا النص دل على رد شهادتهم فيما مضى وفي المستقبل لقوله : « أبدا » ومثاله قول الرسول في حكم الجهاد « الجهاد ماض إلى يوم القيامة » فهذا النص دل على وجوب الجهاد وعلى بقائه إلى يوم القيامة .

وأما إذا دل الدليل على ثبوت حكم لواقعة ولم يدل هذا الدليل على بقاء

حكمه واستمراره ولم يجد المجتهد بعد بحثه واجتهاده دليلا بغير الحكم الذي ثبت لهذه الواقعة فهل يحكم ببقاء هذا الحكم واستمراره ما دام لم يجد ما غيره أو لا يحكم ، هذا موضع الخلاف بين الأصوليين في الاستصحاب .

مذاهب المختلفين فيه وأدلة كل مذهب :

مذهب جمهور العلماء وفي مقدمتهم مالك وأحمد أنه يحكم ببقاء الحكم الذي ثبت في الماضي ما دام لم يثبت ما يغير أو بعبارة أخرى يبقى ما ثبت في الماضي ثابتا في الحال حتى يوجد ما يغيره ،وهؤلاء هم المحتجون بالاستصحاب

ومذهب بعض العلماء ومنهم الحنفية أن الاستصحاب ليس بحجة وأن بقاء الحكم لا بد أن يدل عليه دليل كثبوته .

استدل من لا يحتجون بالاستصحاب بأن الفرض أن الدليل دل على ثبوت الحكم للواقعة . ولم يدل على استمراره وبقائه وإذا يكون بقاء الحكم لادليل عليه وكل حكم بغير دليل مردود .

واستدل المحتجون بالاستصحاب بأن مما فطر عليه الناس وجرى به عرفهم في عقودهم وتصرفاتهم ومعاملاتهم أنهم إذا تحققوا من وجود أمر غلب على ظنهم بقاؤه موجودا حتى يثبت لهم عدمه وإذا تحققوا من عدم أمر غلب على ظنهم بقاؤه معدوماً حتى يثبت لهم وجوده، فمن عرف إنساناً حيا راسله بناء على ظنه بقاؤه حياته . ومن عرف زوجية زوجين شهد بها بناء على ظن بقائها والقاضي يقضي بالملكية في الحال بناء على سند ملكية بتاريخ سابق ويقضي بالدين في الحال بناء على شهادة شاهدين باستدانة سالفة .

وهذا كله يدل على أن مما تقضي به الفطرة أن يعتبر ما كان على ما كان حتى يطرأ ما يغيره .

وبأنه مما اتفق عليه الفقهاء أن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك فمن توضأ للصلاة ثم شك بعد ذلك في أنه أحدث يصلي ولا عبرة بشكه . ومن تزوج ثم شك بعد ذلك في أنه طلق تحل له زوجته ولا اعتبار لشكه وهذا في الحقيقة

مبني على أن الحكم الذي ثبت في الماضي يستصحب ويبقى ويستمر حتى يوجد دليل يغيره .

وبأن أكثر المجتهدين في اجتهادهم يبنون الأحكام على الاستصحاب فإذا سئل المجتهد عن حكم حيوان أو جماد أو نبات أو أي طعام أو شراب وبعد بحثه واجتهاده لم يجد دليل شرعياً خاصا يدل على حكمه حكم بإباحته بناء على أن الأصل في الأشياء الإباحة لقوله تعالى: « هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً » وخلق ما في الأرض جميعه للناس يدل على أنه أباح لهم الانتفاع به إلا استثناه وحرمه ولهذا قال الأصوليون أن الاستصحاب آخر مدار الفتوى .

وبأن القضاة درجوا على بناء أحكامهم على الاستصحاب فيقضون بالملك الآن بسند دل على مباشرة سبب من أسباب الملكية فيما مضى ويقضون بالزوجية وبآثارها الآن بناء على وثيقة دلت على عقد زواج فيما مضى . ولا يقضون على بريء بثبوت دين في ذمته حتى يقوم الدليل ولا يقضون ببراءة ذمة مشغولة بدين فيما مضى حتى يقوم الدليل .

وعلى هذا الاستصحاب بنيت المادة ١٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « تكفي الشهادة بالدين وإن لم يصرح ببقائه في ذمة المدين وكذا الشهادة بالعين » والمادة ١٨١ منها ونصها « تكفي الشهادة بالوصية أو الإيصاء وإن لم يصرح بإصرار الموصي إلى وقت الوفاة » .

وعلى الاستصحاب بنيت المبادىء الشرعية الكلية الآتية :

الأصل في الأشياء الإباحة — الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يطرأ ما يغيره ما ثبت باليقين لا يزول بالشك — الأصل في الإنسان البراءة .

وقد ذهب الحنفية إلى أن الاستصحاب حجة في الدفع لا في الاثبات ومرادهم أن الحال الثابتة بالاستصحاب حجة لدفع ما يخالفها حتى يقوم الدليل على هذا المخالف . وليست حجة على إثبات مدعي لم يقم عليه دليل يثبته ، ويوضح هذا ما حكموا به في المفقود . فالمفقود هو الغائب الذي لا يدرى

مكانه ولا تعرف حياته ولا وفاته وهو حين غاب كانت حياته ثابتة والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره فالأصل أن يظن بقاؤه حيا حتى تثبت وفاته بدليل حسي أو بحكم القضاء بموته ، فإذا طلب ورثته قسمة تركته بينهم بدفع طلبهم بأن حياته ثابتة استصحابا وكذلك إذا طلبت زوجته أن تطلق منه أو اذا طلب أحد فسخ إجارته فاستصحاب حياته حجة لدفع ما يدعى عليه . ولكن إذا مات أخ للمفقود والمفقود من ورثته وطلب القيم على المفقود إرث المفقود من مورثه مستندا إلى أن المفقود معتبر حيا بالاستصحاب لا يصلح سنده حجة لإرثه فلا يرث المفقود فعلا وإنما يحفظ نصيبه أمانة حتى تتجلى حال المفقود حقيقة فإن ظهر حيا ورث ما حفظ له وإن ظهرت وفاته أو حكم بوفاته فحياته المستصحبة صلحت للدفع عنه لا للإثبات له .

والسبب في هذا أن الحياة المستصحبة للمفقود حياة اعتبارية أو ظنية لأن الاستصحاب ما هو إلا ظن بقاء الحال التي كانت ثابتة في الماضي . وشرط الإرث التحقق من حياة الوارث بعد موت مورثه ؛ فظن حياة الوارث بعد موته لا تكفي لإرثه منه فالحياة الاعتبارية الثابتة بالظن لا بالجزم تكفي في الدفع عن المفقود إذا ادعى عليه غيره ما يترتب على موته ، ولا تكفي لإثبات ما يدعي للمفقود مما يتوقف على حياته .

والحق ان استصحاب الحكم الذي دل عليه دليل واعتباره قائما إلى أن يطرأ دليل آخر يقتضي خلافه هو مما تقضي به الفطرة السليمة وتؤيده تصرفات الناس وأعمالهم ؛ وكل نص شرعي دل على حكم يعتبر حكمه قائماً إلى أن يطرأ ما ينسخه وكل عقد أو تصرف ترتب عليه يعتبر حكمه ثابتا إلى أن يطرأ ما يغيره. ولكن عد هذا الاستصحاب دليلا مستقلا فيه نظر لأن الدليل الأول هو الذي دل على الحكم وعلى استمراره . دل على ثبوت الحكم بصيغته ودل على استمراره ببرهان عقلي ملحوظ مع كل دليل ما دام قائما ولم يلغه دليل لاحق فحكمه قائم

مصادر التشريع الإسلامي مرنة

تساير مصالح الناس وتطورهم

اتفقت كلمة علماء المسلمين على أن كل ما يحدث للناس من وقائع في هذه الحياة لها في الشريعة الإسلامية أحكام . وهذه الأحكام يعرف بعضها من نصوص في القرآن والسنة ، ويعرف بعضها من دلائل أخرى أرشد إليها الشارع الإسلامي ليتعرف بها حكم ما لم يدل على حكمه نص في القرآن أو السنة . ومجموعة الأحكام التي تعرف من النصوص والأحكام التي تعرف من غيرها من الأدلة الشرعية هي الفقه الإسلامي ، فإذا حدثت واقعة لأي مسألة ونص في القرآن أو السنة على حكمها وجب تطبيق النص واتباعه ، وإن لم يدل نص فيهما على حكمها وجب تعرف حكمها من أي دليل من الأدلة الشرعية . قال الإمام الشافعي رحمه الله في رسالته في علم أصول الفقه « كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم ، وعلى سبيل الحق فيه دلالة موجودة ، وعليه إذا كان فيه بعينه حكم اتباعه ، وإذا لم يكن فيه بعينه طُلِبَ الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد . والاجتهاد القياس » . فمصادر تشريع الأحكام العملية في الشريعة الإسلامية نصوص تشريعية وردت في القرآن والسنة . ودلائل أخرى أقامها الشارع ليهتدي بها في التشريع حيث لا يوجد نص فيهما ، ومن أظهر هذه الدلائل الاجماع والقياس ، ومن الدلائل التي بنى عليها بعض المجتهدين اجتهادهم الاستحسان . والاستصحاب . والاباحة الأصلية ، ومراعاة العرف ، والمصالح المرسلة ، ومرجع أكثر هذه الأدلة عند التحقيق إلى القياس .

وقد توهم بعض الباحثين من المستشرقين [1] وغيرهم أن هذه المصادر ليس فيها من المرونة والخصوبة ما يكفل حركة تشريعية متجددة ، وقوانين وأحكاما تتطور بتطور أحوال الناس وتساير الأزمان المتعاقبة ، وتلائم البيئات المختلفة . والذي أوهمهم هذا الوهم أنهم رأوا أن النصوص التشريعية في القرآن والسنة نصوص معدودة ، والوقائع التي شرعت أحكامها وقائع محدودة ، وقدروا أن الشارع الإسلامي لا بد أن يكون قد راعى في تشريع ما شرعه من الأحكام لتلك الوقائع حال الأمة ومقتضيات البيئة ، وما يصلح لبيئة ربما لا يصلح لأخرى . ورأوا أن الأدلة الأخرى التي يصدر عنها التشريع فيما لا نص فيه أدلة غير ممهدة للاهتداء بها ، وعلماء المسلمين أحاطوها بأسوار من القيود والشروط والالتزامات ضيقت نطاقها وسدت أبوابها وجعلتها غير عملية .

وأنا ألتمس بعض العذر لهؤلاء المتوهمين فيما توهموه، لأن نواحي الخصومة والمرونة في النصوص التشريعية في القرآن والسنة نواح دقيقة لا يحيط بها إلا من استقرأ تلك النصوص ، وراض عقله على الاستدلال بها ، وأنعم النظر في جملتها وتفصيلها . ولأن نواحي الخصوبة والمرونة في سائر الأدلة الشرعية قد غطاها علماء المسلمين ببحوث لفظية واختلافات جدلية وشروط وقيود ذهبت بمرونتها وحالت دون الاهتداء بها ، واشتد تحجر هذه المصادر وزاد تراكم الأتربة عليها بسد باب الاجتهاد وإيجاب تقليد مجتهد من الائمة الأربعة لأن هذا عطل استعمال مصادر التشريع في الاستنباط وجمدها وعين الماء إذا لم يردها الواردون يغيض ماؤها ، والأسلحة إذا لم تستعمل يعلوها الصدأ ويخيل إلى رائيها أن العيب في جوهرها والحقيقة أن عين الماء فياضة لو ورد المستقون ، والأسلحة ماضية وجوهرها كريم لو وجدت من يحسن استعمالها .

وأنا أكشف في هذا البحث عن بعض نواحي الخصوبة والمرونة في مصادر

---

١ – ص ١١٤ من رسالة وجوب تنقيح القانون المدني للدكتور السنهوري س ٦ ع ١ مجلة القانون والاقتصاد .

التشريع الإسلامي من النصوص ، وغير النصوص ، ليتبين أن ما توهمه المتوهمون غير صحيح ومبني على نظر سطحي ، وأن المصادر التشريعية معين لا ينضب ماؤه ، وأنها كفيلة بتطور التشريع وبالتقنين لكل ما تقتضيه حاجات الأمم في مختلف العصور ، وأن المسلمين لو أرادوا أن يماشوا الأزمان ويسايروا المصالح بتشريعهم لا يجدون من الشريعة ومصادرها ما يحول بينهم وبين سيرهم بل يجدون فيها نوراً يهديهم ومرونة تذلل لهم سيرهم وتقرب غايتهم .

١ ـ النصوص التشريعية في القرآن :

من ينظر في نصوص التشريع في القرآن يتبين أن هذه النصوص على قلة عددها فيها سعة ومرونة وخصوبة من نواح عدة :

(الأولى) أن هذه النصوص لم ترد على نمط واحد في كل فروع التقنين ، ففي تشريع أحكام العبادات وما ألحق بها من أحكام الأحوال الشخصية تعرضت لبعض التفصيلات والتفريعات لأن العبادات وما في حكمها لا مجال فيها للعقل ولا تتطور أحكامها بتطور البيئات . وأما في تشريع الأحكام العملية غير المتعلقة بالعبادات وما في حكمها مثل الأحكام المدنية والدستورية والجنائية والاقتصادية مما تختلف باختلاف البيئات وتتطور بتطور المصالح فلم تتعرض نصوص القرآن فيها للتفصيل والتفريع بل اقتصرت على الأحكام الأساسية والمبادىء العامة التي لا تختلف فيها بيئة وبيئة وتقتضيها العدالة في كل أمة ليكون أولو الأمر في أية أمة في سعة من أن يفرعوا ويفصلوا حسبما يلائم حالهم وتقتضيه مصالحهم من غير أن يصطدموا بحكم تفصيلي شرعه القرآن . وأصدق برهان على هذا إيراد أمثلة من تشريع القرآن في هذه القوانين .

فالبيع ، وهو أكثر العقود المدنية أحكاما ومواده في القانون المدني المصري أكثر من مائة ، لم يرد في نصوص القرآن من أحكامه إلا أربعة أحكام : الأول إباحته في قوله تعالى في سورة البقرة : « وأحل الله البيع وحرم الربا » . والثاني

اشتراط التراضي فيه في قوله تعالى في سورة النساء: « يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، والثالث إيجاب شهره في قوله تعالى في سورة البقرة: « وأشهدوا إذا تبايعتم » ، والرابع النهي عنه وقت النداء للصلاة من يوم الجمعة في قوله تعالى في سورة الجمعة « يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع » .

والإيجارات ، وهي تلي البيع في كثرة أحكامها وموادها في القانون المدني المصري قريبة من المائة ، لم يرد في نصوص القرآن من أحكامها إلا ثلاثة : الأول إباحتها في قوله تعالى في سورة البقرة: « وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف » ، والثاني إيجاب إيتاء الأجير أجره بالمعروف في قوله تعالى في سورة الطلاق في شأن المطلقات بعد انقضاء عدتهن: « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وأتمروا بينكم بمعروف » ، والثالث إباحة أن يكون عمل الأجير مهر زواجه في قوله تعالى في سورة القصص على لسان شيخ مدين لموسى « إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج » .

ولو استقرأت نصوص القرآن في الأحكام المدنية في مختلف العقود لا تجد تفصيلا ولا تفريعاً يقف عقبة في سبيل أي تشريع مدني يراد به تحقيق العدل والمصلحة .

وفي القانون الدستوري اقتصرت نصوص القرآن على تقرير المبادىء الأساسية الثلاثة التي تقوم عليها كل سياسة دستورية عادلة ، وهي الشورى قال تعالى : « فاعف عنهم واستغفر لهم وشاورهم في الأمر » ، والعدل قال تعالى « وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » ، والمساواة قال تعالى: « إنما المؤمنون إخوة » ، وتركت تفصيل الأحكام لتنظيم الشورى وتحقيق العدل والمساواة لتراعي فيه كل أمة ما يلائم حالها وتقتضيه مصالحها .

وفي قانون العقوبات وتحقيق الجنايات اقتصرت نصوص القرآن على تحديد

خمس عقوبات لخمس جرائم وهي القتل ، والسرقة ، والسعي في الأرض بالفساد ، والزنا ، وقذف المحصنات ، وتركت سائر الجرائم من جنايات وجنح ومخالفات يقرر ولاة الأمر في كل أمة عقوبة كل جريمة منها بما يرونه رادعاً للمجرم ومصلحا للمجتمع واقتصرت على تقرير المبدأ العام في تحقيق الجنايات في قوله تعالى : « وجزاء سيئة سيئة مثلها » .

وفي القانون الاقتصادي اقتصرت نصوص القرآن على تقرير حق للفقير في مال الغني قال تعالى : « وفي أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم » . وقال تعالى : « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها » وعلى تقرير حق للفقراء والمساكين في مال الدولة فلهم سهم من الصدقات ومن الغنائم ومن الفيء ولم تفصل أحكام هذا البر بالفقراء لتفصل في كل أمة بما يناسبها .

ولا ريب في أن اقتصار نصوص القرآن التشريعية في القوانين العملية على الأحكام الأساسية والمبادىء العامة من أظهر نواحي خصوبة هذه النصوص ومرونتها واتساعها لتقبل كل ما تقتضيه العدالة والمصلحة من قوانين، لأن أهل الذكر في أية أمة لا يجدون في القرآن إلا أسساً صالحة ، ومبادىء عامة ، ويجدون باب التفريع والتفصيل مفتوحاً لتتحقق به المصالح بناء على هذه الأسس والمبادىء .

(الناحية الثانية) أن النصوص التشريعية التي وردت في القرآن ليست دلالتها مقصورة على الأحكام التي تفهم من ألفاظها وعباراتها ، بل هي تدل أيضاً على أحكام تفهم من روحها ومعقولها . ولهذا قسمت دلالة النص إلى دلالة بمنطوقه ، ودلالة بمفهومه . وقسمت دلالته بمنطوقه إلى دلالة عبارته ، ودلالة إشارته . وقسمت دلالته بمفهومه إلى دلالته على حكم المفهوم الموافق ودلالته على حكم المفهوم المخالف . وبهذه الطرق المتعددة من طرق دلالة النصوص توصل المجتهدون من النص الواحد إلى عدة أحكام ، وكثيراً ما قرروا أن عبارة النص يؤخذ منها كذا ، وإشارته يؤخذ منها كذا ، ومفهومه الموافق حكمه كذا ، ومفهومه المخالف حكمه كذا . وجميع هذه الأحكام ينبوعها النص

وهو دال عليها وحجة فيها ، وهذا مثال واحد تتبين منه خصوبة النص بتنوع طرق دلالته . قال الله تعالى في سورة البقرة في بيان من تجب عليه نفقة الوالدات المرضعات: « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » استدل بعبارة هذه الآية على حكم وهو أن نفقة الوالدات المرضعات تجب على أبي أولادهن . واستدل بإشارتها على حكم ثان وهو أن نفقة الأولاد على أبيهم وحده لا يشاركه فيها أمهم ولا غيرها وهذا الحكم يشير إليه تعبير الآية بأنهم مولودون له أي هو مختص بهم . واستدل بمفهوم موافقتها على حكم ثالث وهو أن أجر علاج الوالدات وثمن أدويتهن على أبي أولادهن لأن حاجة الوالدة إلى العلاج والأدوية أشد من حاجتها إلى طعامها وكسوتها وهو إنما وجب عليه طعامها وكسوتها سداً لحاجتها . وهكذا وجد المجتهدون في تنوع طرق دلالة النصوص نوافذ إلى التشريع في كثير من الوقائع ، وهذه بلا ريب ناحية من نواحي خصوبة النصوص .

(الناحية الثالثة) أن النصوص التشريعية التي وردت في القرآن لم ترد كلها بأحكام مجردة عن عللها والمصالح التي شرعت لأجلها بل ورد كثير منها مقرونا فيه الحكم بعلته صراحة أو إشارة مثل قوله تعالى في الخمر والميسر: « إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون » ، وقوله في المحيض: « قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض » ، وقوله: « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها » ، وفي هذا إرشاد من الشارع إلى أنه ما شرع الأحكام لمجرد التعبد بها وإخضاع المكلفين لسلطانها، وإنما شرعها لمصالحهم التي اقتضت تشريعها ، وفيه إرشاد إلى أن أحكام الشارع تدور مع مصالح الناس وحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله ، وإرشاد إلى أن يقيس المجتهدون ما لا نص فيه على ما فيه نص إذا تحققت فيه علة الحكم الذي ورد به النص. فنصوص الشريعة بتبيين علل بعض الأحكام وفتحت باب القياس وإلحاق الأشباه بالأشباه ودلت على ربط الأحكام بالمصالح . ومن هذا الباب وصل المجتهدون إلى مجموعات

عديدة من أحكام الوقائع التي لا نص على حكمها ، وأظهروا خصوبة النصوص وصلاحيتها أسسا للتشريع في كل زمن ، وكانت عدة لتسابق العقول في ميدان التشريع لأنهم اجتهدوا في تعرف علة كل حكم شرع بالنص ، وعلى ضوء هذه العلل فهموا الروح التشريعية الإسلامية ، وعلى ضوء هذه الروح صاغوا مبادىء عامة وكونوا ثروة تشريعية أغنت الدولة الإسلامية تشريعياً على اختلاف بلادها وأجناس شعوبها وتباين عاداتهم ومعاملاتهم .

(الناحية الرابعة) أن النصوص التشريعية التي شرعت أحكاما في فروع القوانين المختلفة من مدنية وجنائية واقتصادية ودستورية كملت بنصوص قررت مبادىء عامة وقوانين تشريعية كلية لا تخص فرعا من القوانين دون غيره لتكون هذه المبادىء العامة والقوانين الكلية هاديا للمجتهدين في التشريع ومصباحا يحققون على ضوئه العدل ومصالح الناس .

من هذه النصوص : النصوص التي دلت على أن الأصل في الأشياء الإباحة مثل قوله تعالى : « هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا » وقوله سبحانه : « وسخر لكم ما في السموات والأرض » وقوله : « قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق » .

ومنها النصوص التي دلت على أن أساس التشريع رفع الحرج واليسر بالناس مثل قوله تعالى : « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج » وقوله : « ما جعل عليكم في الدين من حرج » وقوله : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » وقوله : « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا » وقوله : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » .

ومنها النصوص التي دلت على إيجاب الوفاء بالالتزام مثل قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وقوله سبحانه « أوفوا بالعهد » وقوله « وليوفوا نذورهم » وقوله : « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها » .

فمن النصوص التشريعية التي قررت مبادىء عامة وقوانين كلية ليستضاء

بها في كل تقنين ، ومن النصوص التشريعية التي قررت أحكاما أساسية في فروع القوانين العملية المختلفة ومن اقتصار القرآن على ما هو أساسي في كل قانون ، وتعدد طرق دلالة نصوصه في استثمار الأحكام منها ، وفتح الباب لجعلها أصولا يقاس ما لم يرد فيها على ما ورد فيها ، يتبين ما في نصوص القرآن التشريعية من سعة ومرونة وأنها مجموعة تشريعية مكونة من أسس ومبادىء عامة تعين المشرع على تحقيق العدل والمصلحة في أي زمن ولا تعترض أي تقنين عادل يراد به تحقيق مصالح الناس .

٢ ـ النصوص التشريعية في السنة :

من استقرأ النصوص التشريعية التي وردت في سنن الرسول صلى الله عليه وسلم يتبين أن الرسول ما شرع حكما يناقض حكما شرعه القرآن ولا قرر مبدأ تشريعيا يهدم مبدأ قرره القرآن . ويتبين أن ما ورد في سنن الرسول من أحكام لا يعدو أن يكون واحداً من ثلاثة : إما أن يكون حكما مقرراً ومرددا حكما شرعه القرآن ، وإما أن يكون مفسراً ومبينا حكما شرعه القرآن ، وإما أن يكون منشئا حكما سكت عن تشريعه القرآن . قال الإمام الشافعي رحمه الله في رسالته في علم الأصول : « لم أعلم من أهل العلم مخالفا في أن سنن النبي صلى الله عليه وسلم من ثلاثة وجوه . أحدها ما أنزل الله عز وجل فيه نص كتاب فسن رسول الله مثل ما نص الكتاب ، والآخر ما أنزل الله عز وجل فيه جملة كتاب فبين الرسول عن الله معنى ما أراد ، والوجه الثالث ما سن رسول الله مما ليس فيه نص كتاب » .

فأما ما سنه رسول الله مما هو تقرير لما شرعه الله في القرآن فهذا مثل ما شرعه الله في القرآن ، وقد بينا أن ما شرعه الله في القرآن من الأحكام فيه خصوبة ومرونة ولا يضيق بحاجة ولا يقصر عن مصلحة .

وأما ما سنه الرسول تبيانا للمراد من نص تشريعي ورد به القرآن فهذا إذا

كان تبيانا لا مراعاة فيه لأحوال خاصة بالبيئة ولا للملابسات الخاصة بالأمة وقت التشريع فهذا حكم عام . مثل تبيينه فرائض الصلاة وأوقاتها ومناسك الحج وكيفية الصوم ، وإن كان تبيانا هو تطبيق للنص ودلت القرائن القاطعة على أنه تطبيق روعي فيه حال الأمة ومقتضيات البيئة زمن التشريع فهذا حكم خاص يطبق في مثل بيئته وملابساته وحيث يحقق المصلحة التي شرع لتحقيقها .

ومثال هذا تبيين الرسول الدّية التي أوجبها القرآن على من قتل مؤمنا خطأ بأنها مائة من الإبل ، أو ألف دينار من الذهب ، أو عشرة آلاف درهم من الفضة ، فالتخيير بين أداء واحد من هذه المقادير الثلاثة مبني على تساوي قيمتها أو تقاربها لأنه لا يعقل أن يخير القاتل بين هذه المقادير الثلاثة إلا على هذا الأساس ، ولا شك أن تساوي هذه المقادير أو تقاربها أمر زمني مراعى فيه حال البيئة وقت التشريع خاضع لنظرية العرض والطلب. وكذلك تبيينه صلى الله عليه وسلم أقل نصاب تؤخذ منه الزكاة بأنه عشرون دينارا من الذهب أو مائتا درهم من الفضة مبني على ما بني عليه التخيير في الدّية من أن الدينار من الذهب يعادل عشرة دراهم من الفضة وهذا أساس زمني ، وكذلك تبيينه صلى الله عليه وسلم صدقة الفطر بأنها صاع من شعير أو تمر أو زبيب مبني على تساوي أو تقارب قيمة الصاع من هذه الأطعمة . ولهذا لما رأى معاوية قمح الشام وقيمته بالنسبة للشعير والتمر قال في خطبة له: أرى مدّين من سمراء الشام تعدل صاعا من تمر فأخذ الناس بذلك وساروا على أن الواجب صاع من تمر أو شعير أو نصف صاع من بر أو دقيقه .

وأما ما سنه الرسول تشريعا مبتدأ في وقائع سكت القرآن عن تشريع أحكامها فهذا سبيله سبيل ما سنه للتبيين ، فإذا دلت القرينة القاطعة على أنه تشريع مراعى فيه حال البيئة الخاصة بزمن التشريع فهو تشريع زمني يطبق في مثل بيئته ، وإن لم تقم القرينة القاطعة على هذا فهو تشريع عام . فقوله صلى الله عليه وسلم « خالفوا المشركين وفروا اللحى وأحفوا الشوارب » في نفس صيغة النص ما يدل على أنه تشريع زمني روعي فيه زي المشركين وقت

التشريع والقصد إلى مخالفتهم فيه وأزياء الناس لا استقرار لها .

على ضوء هذا البيان يتجلى أن النصوص التشريعية في السنة ليست عقبة في سبيل التطور التشريعي لأنها إذا قام الدليل على أن ما شرع بها شرع لمصلحة خاصة زمنية دار الحكم مع هذه المصلحة وجودا وعدما . ومن أظهر ما يزيد هذا إيضاحا أن الله سبحانه بين مصارف الصدقات الثمانية بقوله : « إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم » فجعل من مصارف الصدقات من تؤلف قلوبهم للاسلام بسهم منها ، وثبت أن الرسول في حياته نفذ هذا وأعطى أبا سفيان والأقرع ابن حابس وعباس بن مرداس وصفوان ابن أمية وعيينة بن حصن كل واحد منهم مائة من إبل الصدقات تأليفاً لقلوبهم . وفي زمن أبي بكر جاء عيينة والأقرع يطلبان أرضا فكتب لهما بها فمزق عمر الكتاب وقال إن الله أعز الإسلام ولا حاجة إلى تأليف قلوبهم بالصدقات . وهذا صريح في أن عمر فهم أن الصرف من الصدقات للمؤلفة قلوبهم كان لمصلحة خاصة زمنية في بدء الإسلام ، وأن تغير الحال واعتزاز الإسلام لم يجعل في تنفيذ هذا الحكم مصلحة فلم ينفذه . وكذلك روى مسلم في صحيحه عن ابن عباس : « كان الطلاق الثلاث في عهد الرسول وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فقال عمر بن الخطاب إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم . فأمضى الطلاق الثلاث بكلمة واحدة ثلاثا وعدل عما كان عليه الحكم في عهد الرسول وأبي بكر وسنتين من خلافته لأن المصلحة تبدلت . قال ابن تيمية : ولو رأى عمر تتابع الناس في تحليل المطلقة ثلاثا لمطلقها وتلاعبهم لعدل إلى ما كان عليه الحكم في عهد الرسول ، وهذا صريح في أن المصلحة هي التي تدور معها الأحكام وجودا وعدما .

وقد سلك الرسول في نصوصه التشريعية نهج القرآن في نصوصه التشريعية فكمل النصوص الخاصة في فروع القوانين بنصوص قررت مبادىء عامة وقوانين تشريعية كلية يهتدى بها إلى تحقيق العدل والمصلحة في التشريع في أي

زمن مثل قوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار» وقوله: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا» وقوله: «يسروا ولا تعسروا» وقوله: «إن الله يحب أن توتى رخصه كما يحب أن توتى عزائمه». وعلل بعض أحكامه.

ومن نصوصه الخاصة ونصوصه العامة وتعليله بعض أحكامه تكونت مجموعة فيها هدى ونور لمن يريد الحق والعدل والمصلحة. وليس فيها جمود ولا ضيق كما توهم المتوهمون.

٣ – الإجماع :

من حقق النظر في منشأ فكرة الإجماع في التشريع الإسلامي، وفي كيفية الإجماع الذي انعقد في أول مرحلة تشريعية بعد عهد الرسول، وفي تقدير المجمعين لما انعقد عليه إجماعهم من الأحكام يتحقق من أن الإجماع أخصب مصدر تشريعي يكفل تجدد التشريع، وتستطيع به الأمة أن تواجه كل ما يقع فيها من حوادث وما يحدث لها من وقائع، وأن تساير به الأزمان. ومختلف المصالح في مختلف البيئات. ومنشأ فكرة الإجماع أن الإسلام أساسه في تدبير شؤون المسلمين الشورى وأن لا يستبد أولو الأمر منهم بتدبير شؤونهم سواء أكانت تشريعية أم سياسية أم اقتصادية أم إدارية أم غيرها من الشؤون. قال الله تعالى مخاطبا رسوله: «فاعف عنهم واستغفر لهم وشاورهم في الأمر» ولم يخص سبحانه بالمشاورة أمراً دون أمر، ووصف سبحانه المؤمنين بأن أمرهم شورى بينهم وصفا يدل بصيغته على أن هذا شأنهم ومقتضى إيمانهم فقال عز شأنه: «والذين استجابوا لربهم، وأقاموا الصلاة، وأمرهم شورى بينهم» فقرن إقامتهم الصلاة وهي عماد الدين بأنهم أمرهم شورى بينهم ليشعرهم أن الشورى من عمد دينهم كإقامة الصلاة.

وعلى هذا الأساس كان الرسول صلى الله عليه وسلم يستشير رؤوس

صحابته في الأمور التي لم يتزل عليه فيها وحي من ربه ، ومما كان يستشيرهم فيه التشريع فيما لم يتزل فيه قرآن . فقد روي أنه لما انتصر المسلمون في غزوة بدر وأسروا عدة أسرى من المشركين ، وأراد بعض المشركين أن يفتدوا أسراهم ، ولم يكن قد نزل على الرسول قرآن بحكم هذا الافتداء استشار الرسول اصحابه فيما يحكم به فأشار أبو بكر بقبول الفدية ممن يفتدي ، وأشار عمر بعدم قبولها وبقتلهم وأخذ الرسول برأي ابي بكر وبين الله خطأ هذا الرأي بقوله : « ماكان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة » . وروي عن سعيد بن المسيب عن علي : « قلت يا رسول الله الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن ولم تمض فيه منك سنة قال أجمعوا له العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ، ولا تقضوا فيه برأي واحد » .

فلما توفي رسول الله وواجهت أصحابه وقائع عديدة لم ينزل فيها قرآن ولم تمض فيها من الرسول سنة سلكوا السبيل الذي أرشدهم إليه القرآن وهو الشورى والذي سلكه الرسول فيما لم يتزل فيه قرآن وهو الشورى . أخرج البغوي عن ميمون بن مهران قال: «كان أبو بكر إذا ورد عليه الخصوم نظر في كتاب الله فإن وجد فيه ما يقضي بينهم قضى به ، وإن لم يكن في الكتاب وعلم من رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك الأمر سنة قضى بها ، فإن أعياه خرج فسأل المسلمين وقال أتاني كذا وكذا فهل علمتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في ذلك بقضاء فربما اجتمع عليه النفر كلهم يذكر فيه عن رسول الله قضاه . فإن أعياه أن يجد فيه سنة عن رسول الله جمع رؤوس الناس وخيارهم فاستشارهم ، فإن أجمع رأيهم على شيء قضى به . وكان عمر يفعل ذلك ، فإن أعياه أن يجد في القرآن والسنة نظر هل كان فيه لأبي بكر قضاء ، فإن وجد أبا بكر قضى فيه بقضاء قضى به ، وإلا دعا رؤوس الناس فإذا اجتمعوا على أمر قضى به » .

وفي المبسوط للسرخسي « كان عمر يستشير الصحابة مع فقهه حتى كان

إذا رفعت إليه حادثة قال ادعوا لي علياً ، وادعوا لي زيداً .... فكان يستشيرهم ثم يفصل بما اتفقوا عليه ».

وروي عن القاضي شريح قال ، قال لي عمر اقض بما استبان لك من قضاء رسول الله فإن لم تعلم كل أقضية رسول الله فاقض بما استبان لك من أئمة المجتهدين ، فإن لم تعلم فاجتهد رأيك واستشر أهل العلم والصلاح .

من هذا يتبين أن إجماع الصحابة ما كان إلا اتفاق من أمكن اجتماعهم من رؤوسهم وخيارهم على حكم واقعة لم يرد نص بحكمها ، وأن الذي دعاهم إلى اتباع هذه السبيل هو العمل بالشورى التي أوجبها الله وسار عليها الرسول . وتنظيم اجتهاد الأفراد فيما لا نص فيه ، فبدلا من أن يستقل كل فرد من خيارهم بالاجتهاد في هذه الوقائع اجتمعوا وتشاوروا وتبادلوا الآراء . والخليفة نفذ الحكم الذي اتفقوا عليه ، وبهذا لم تتسع دائرة الخلاف بين رجال التشريع ولم تصدر في حكم الواقعة الواحدة وفي البلدة الواحدة أحكام متناقضة ولم يضق التشريع الإسلامي بما جد من الحوادث ولا وقف عن مماشاة الزمن ومسايرة المصالح.

وكان من الحكمة والمصلحة أن يستمر هذا النظام ، وأن يكون إلى جانب كل خليفة أو ولي أمر من خلفاء المسلمين وولاة أمورهم جماعة تشريعية مكونة من رؤوس المسلمين وخيارهم يرجع إليهم في حكم ما يجد من الحوادث مما ليس فيه قرآن ولا سنة ويعمل بما اتفقوا عليه ، وأن يتطور هذا النظام بوضع نظام لاختيار أعضاء هذه الجماعة ممن يوثق بعلمهم بالدين وبصرهم بشؤون الحياة ونظام لكيفية اجتماعهم وتشاورهم وقانونية الحكم الذي اتفقوا عليه . ولكن الحكومات الإسلامية [1] ما سارت على هذا النظام ولا عملت

---

١ – تنبه لهذا بعض ملوك الدولة الأموية بالأندلس فقد كونوا في القرن الهجري الثاني جمعية من العلماء لاستشارتهم في التشريع وكثيراً ما يذكر في تراجم بعض علماء الأندلس أنه كان مشاوراً وكثيراً ما أخذت هذه الجمعية برأي يخالف المذهب السائد في بلادهم وهو مذهب الإمام مالك .

وتنبه لهذا بعض سلاطين الحكومة العثمانية فقد كونوا في أواخر القرن الهجري الثالث عشر جمعية من كبار العلماء كلفوا بوضع قانون في المعاملات المدنية تكون مآخذه الفقه الإسلامي ولو من غير المذاهب المعروفة متى كان الحكم يتمشى وروح العصر وقد سن هؤلاء القانون المسمى مجلة الأحكام العدلية وابتدأ العمل به في سنة ١٢٩٣ هـ.

على أن تختار جماعة من رؤس المسلمين يتشاورون في أحكام ما يجد من الحوادث وتركت التشريع للأفراد يفتي كل فرد أو يقضي بما رآه ولا عملت على اختيار مجموعة رسمية من اجتهادات هؤلاء الأفراد تكون قانوناً للمسلمين يزاد ويعدل حسب حاجاتهم فلم ينظم التشريع الإسلامي باختيار جمعية من المشرعين يكونون مصدر التشريع ولا باختيار مجموعة من الأحكام الاجتهادية تكون قانون المسلمين . وبهذا الإهمال جمد التشريع الإسلامي ووقف عن مماشاة الزمن وعن التطور بتطور المسلمين وزاد هذا الجمود تحجراً أن علماء المسلمين رسموا الإجماع بصورة لا سبيل إلى أن تتحقق في الوجود .ورسموه بأنه اتفاق جميع المجتهدين في الأمة الإسلامية بعد عهد الرسول على حكم شرعي وقرروا أن الإجماع لا يتحقق إلا إذا عرف جميع المجتهدين من المسلمين في العالم الإسلامي . وأحصوا . وأبدى كل واحد منهم رأيه صراحة في الواقعة المعروضة . وعلم رأي كل واحد منهم ، وعلم أن كل واحد منهم أصر على رأيه إلى أن تم إبداء كل واحد رأيه . وكأنهم أرادوا إجماعاً عالمياً قطعياً في الحكم الذي ينعقد ، لا ما أراده الرسول حين قال لعلي اجمعوا له العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأي واحد : فهو إنما أراد أن يكون الرأي للجماعة لا للفرد وما فهم منه علي بن أبي طالب أنه مكلف أن يجمع جميع العالمين من المؤمنين في المدينة وفي البادية وفي اليمن وفي غيرها ، وإنما فهم أن يستشير غيره من أهل العلم ليكون الرأي،رأي الجماعة لا الفرد . وأبو بكر لما جمع رؤوس المسلمين وخيارهم جمع من أمكن جمعهم من الموجودين منهم بالمدينة وبالقرب منه وما روي أنه بعد أن جمع من المدينة من رؤوس المسلمين وخيارهما أرجأ الفصل فيما عرض عليه حتى يأخذ رأي رؤوس الصحابة الذين كانوا بمكة واليمن والشام وفي ميادين الجيوش وولاية الأنصار . وعمر لما قال ادعوا لي علياً ادعوا لي زيداً لم يعمل على أن يدعو كل أهم العلم من الصحابة،ولما قال لشريح استشر أهل العلم والصلاح ما فهم شريح أنه يستشير جميعهم . فالإجماع الذي رسموا صورته

إجماع فرضي وهو غير الإجماع الذي انعقد في عهد الصحابة . ولذا قال فريق من العلماء أنه غير ممكن انعقاده وما انعقد فعلا حتى بالغ بعضهم وقال إنه غير ممكن عقلا أي لا يتصور في العقل وجوده ، ولعل هذه الصورة غير الحقيقية للاجماع هي التي رآها من توهم جمود مصادر التشريع الإسلامي .

٤ — القياس :

أما القياس فهو تسوية الواقعة التي لا نص على حكمها بواقعة ورد النص بحكمها لاشتراك الواقعتين في علة الحكم الذي ورد به النص . ومن تعريفه يتبين أن أساسه الوقوف على علة حكم النص . وقد اتفق جمهور العلماء على أن الأحكام التي وردت بها النصوص مبنية على علل وأسباب شرعت لأجلها . واتفقوا على أن هذه العلل والأسباب مرجعها جميعها إلى تحقيق مصالح الناس أي جلب النفع لهم أو دفع الضرر أو رفع الحرج عنهم ، فكل حكم شرعه الله ورسوله فهو إنما شرع لجلب منفعة للناس أو دفع ضرر أو رفع حرج عنهم . وقد أرشد الشارع إلى كثير من المصالح التي شرع من أجلها الأحكام ، وأرشد إلى عدة مسالك يتوصل بها إلى تعرف علل الأحكام والمصالح التي شرعت لتحقيقها وبهذا كان القياس ميدان البحث في مصالح الناس وباب الوصول إلى الأحكام التي تحقق مصالحهم ، وما من مصلحة تقتضيها معاملات الناس وأحوالهم في أي زمن في أية بيئة إلا ولها مصلحة تشبهها راعاها الشارع ببعض ما شرعه من الأحكام . أو تندرج في مصلحة كلية راعاها الشارع ببعض ما شرعه من الأحكام . ولهذا نص علماء الأصول من الحنفية على أن كل مصلحة اعتبر الشارع جنسها تصلح علة لحكم شرعي اعتبر الشارع جنسه ، فإذا أباح الشارع عقداً من العقود لحاجة الناس إليه صح أن يقاس عليه عقد آخر ثبتت حاجة الناس إليه لاشتراك العقدين في أن في كل منهما رفع الحرج عن الناس . فأساس القياس عند التحقيق هو التحقق من أن الحكم الذي يراد تشريعه في الواقعة المسكوت عنها فيه جلب نفع للناس أو دفع ضرر أو رفع

حرج عنهم ، فمتى تحقق أن الحكم في الواقعة يحقق هذه المصلحة فهو حكم شرعي وتشريعه هو قياس صحيح على ما شرعه الله لان الله ما شرع الأحكام إلا لنفع الناس أو دفع الضرر أو رفع الحرج عنهم . ومن عدل الله وحكمته أن تستوي أحكام الوقائع التي استوت في عللها وأسبابها وأن لا يبيح تصرفا لأن في إباحته رفع الحرج ، ويحرم تصرفا مثله . وعلى هذا الأساس قاس رسول الله وقائع على وقائع ، فقد روي أن جارية خثعمية قالت يا رسول الله إن أبي أدركته فريضة الحج شيخا زمنا لا يستطيع أن يحج . إن حججت عنه أينفعه ذلك ؟ فقال لها الرسول : أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته أكان ينفعه ذلك؟ قالت نعم. قال: فدين الله أحق بالقضاء .وروي أن رجلا من فزارة أنكر ولده لما جاءت به زوجته أسود اللون ، فقال له الرسول هل لك من إبل ؟ قال نعم . قال ما ألوانها ؟ قال حمر . قال هل فيها من أورق ؟ قال نعم . قال فمن أين ؟ قال لعله نزعة عرق . قال وهذا نزعة عرق . وقاس أصحابه من بعده فإن رسول الله لما توفي ولم يستخلف صراحة خليفة ، قال الصحابة في أبي بكر رضيه الرسول لديننا أفلا نرضاه لدنيانا . وذلك لأن الرسول في مرضه قال مروا أبا بكر فليصل بالناس . ولما امتنع فريق من الناس عن أداء الزكاة بعد موت الرسول . وقالوا إنما كانت فرضاً علينا في حياته ، قرر أبو بكر أن يقاتلهم ولما عارض عمر في قتالهم قال أبو بكر إن جاحد الزكاة كجاحد الصلاة لاعصمة لدمه. وكلما وقع للمسلمين في عهد الصحابة شرعوا أحكامه باجتهادهم جماعات أو فرادى وأوضح طرق اجتهادهم القياس . وأساس قياسهم ما اهتدوا إليه من مصالح الناس ،وما فوتوا على الناس مصلحة لأنه لم يقم دليل شرعي على اعتبارها ، وما عطلوا قياسا لأنهم لم يقفوا على علة الأصل الذي يقاس عليه ، وما وقفوا ولا جمدوا عن تشريع الحكم في أية واقعة طرأت لهم .

وقد قرر علماء الأصول أن المناسبة مسلك من المسالك التي يتوصل بها إلى معرفة علة الحكم ومعنى المناسبة أن تكون الواقعة المسكوت عنها فيها وصف

خاصية لو شرع الحكم معها يكون في تشريعه جلب نفع أو دفع ضرر أو رفع الحرج ، ومعنى هذا أن مناط التعليل وأساسه بناء الحكم على المصلحة ، ومن زاد البحث في القياس تبين أنه ميدان السعة التشريعية ، ومجال العقل الإنساني لتحقيق مصالح الناس . ولو فهمه حق فهمه من توهم جمود مصادر التشريع الإسلامي لفهم أنه تجني على هذه المصادر وغبنها .

٥ ــ الاستحسان :

الاستحسان مصدر تشريعي بنى عليه جمهور المجتهدين اجتهادهم في كثير من الوقائع وعلى رأسهم أبو حنيفة وأصحابه . ومالك وأصحابه . وتوصلوا به إلى أحكام عدة في وقائع ليس فيها قرآن ولا سنة .

ومن عرف حقيقة ما أرادوه بالاستحسان واستقرأ الأحكام التي استنبطوها به يتبين أن هذا المصدر مصدر التوسعة في التشريع . وأنه المصدر الذي يتلافى به ما يحتمل أن يؤدي إليه بعض الأنسبة من تفويت لبعض المصالح . وأنه المصدر الذي يحقق به المجتهد ما يطمئن إليه قلبه وينقدح في عقله من مصالح قد لا تتفق وما يقتضيه القياس أو وما يؤدي إليه تطبيق القواعد العامة .

وذلك أن بعض الوقائع قد يقتضي فيها القياس الظاهر المتبادر حكما ولكن يستقر في نفس المجتهد بناء على أدلة قامت عنده أن هذا الحكم لا يتفق والمصلحة في هذه الواقعة وأن الذي يتفق والمصلحة فيها حكم آخر يقتضيه قياس خفي غير متبادر فيحكم في الواقعة بما يتفق والمصلحة بناء على هذا القياس الخفي ويعدل عن مقتضى القياس الظاهر ويسمى حكمه هذا حكما بالاستحسان .

مثلا : إذا وقف الإنسان أرضا زراعية ولم ينص على أن يدخل في الوقف ما لها من حق الرأي أو الصرف أو المرور ، فمقتضى القياس الظاهر المتبادر أن لا تدخل هذه الحقوق في وقف الأرض بدون نص عليها كما لا تدخل في بيع الأرض بدون نص عليها . ومقتضى القياس الخفي أن تدخل هذه الحقوق

في وقف الأرض بدون نص عليها كما تدخل في إجارة الأرض بدون نص عليها . فأبو حنيفة وأصحابه حكموا بدخولها في وقف الأرض بدون نص عليها لأن المقصود من وقفها نفع الموقوف عليهم ولا يتحقق انتفاعهم بأرض زراعية إلا بهذه الحقوق وقالوا إن هذا الحكم مصدره الاستحسان .

وكذلك بعض الوقائع قد يؤدي تطبيق القواعد التشريعية العامة عليها إلى تفويت مصلحة أو يؤدي إلى ضرر أو حرج فيستقر في نفس المجتهد بناء على ما قام عنده من الأدلة أن يستثني هذه الواقعة وأن لا يطبق عليها القاعدة العامة ويحكم عليها بحكم آخر يتفق والمصلحة ويصدر في حكمه هذا عن الاستحسان .

مثلا : الأجير المشترك كالخياط والكواء أمين على ما تحت يده من أموال الناس . والقاعدة العامة أن الأمين لا يضمن ما يهلك في يده من أموال من ائتمنوه إلا إذا ثبت أنه تعدى عليه أو قصر في حفظه ولكن تطبيق هذه القاعدة على الأجير المشترك يؤدي إلى تفويت مصلحة للناس لأنهم لا يطمئنون على أموالهم ويتحرجون من إعطائها له . فأبو حنيفة وأصحابه تبعا للصحابة استثنوا الأجير المشترك من تطبيق هذه القاعدة عليه وحكموا بأنه يضمن ما يهلك في يده إلا إذا ثبت أن هلاكه كان بقوة قاهرة وقالوا أن هذا الحكم بناء على الاستحسان .

ومن هذا يتبين أن الاستحسان هو عدول عن قياس ظاهر إلى قياس غير ظاهر أو استثناء جزئية من تطبيق قاعدة كلية عليها لمصلحة اقتضت هذا العدول أو الاستثناء ودليل هذا العدول أو الاستثناء هو وجه الاستحسان . ويتبين أن هذا المصدر من أظهر الأدلة على أن الشارع توخى بالتشريع تحقيق مصالح الناس بكل وسيلة ممكنة لأنه فتح الباب للعدول عن مقتضى الأقيسة الظاهرة أو القواعد الكلية في بعض الوقائع تحريا للمصلحة ودل بهذا على أنه لا ينبغي أن تقف أية عقبة في تشريع ما تقتضيه المصلحة . قال الإمام الشاطبي ما معناه : إذا اقتضى القياس أمراً وكان ذلك الأمر يؤدي إلى تفويت مصلحة أو جلب

مفسدة فعلى المجتهد أن يعدل عن القياس إلى ما يحقق المصلحة لأن مقصود الشارع من التشريع تحقيق مصالح الناس . وتقريباً للمراد من الاستحسان يعرف بأنه ترجيح ما تقضي به المصلحة في بعض الوقائع التي لا نص فيها على ما يقضي به القياس أو تطبيق قواعد الفقه العامة ، فهو العمل بما تقتضيه المصالح عدولا عن قياس ظاهر أو قاعدة فقهية .

٦ – المصالح المرسلة : « الاستصلاح »

لا نعرف خلافا بين علماء المسلمين الذين يعتد بآرائهم في أن أحكام الشريعة الإسلامية قصد بتشريعها تحقيق مصالح الناس ولا في أن مصالح الناس هي مجموعة ضرورياتهم وحاجياتهم وتحسينياتهم ، لأن ضرورياتهم هي الأمور التي تتوقف عليها حياتهم وإذا اختل أمر منها اختلت حياتهم وعمتها الفوضى ومرجعها إلى حفظ دينهم ونفوسهم وأموالهم وأعراضهم وعقولهم ، ولأن حاجياتهم هي الأمور التي تقتضيها سهولة حياتهم ويسرها وإذا اختل أمر منها شقت حياتهم وجهدوا فيها ومرجعها إلى إباحة معاملاتهم ومبادلاتهم وتخفيف التكاليف عليهم والترخيص لهم بما يرفع الحرج عنهم ، ولأن تحسينياتهم هي الأمور التي تجمل حياتهم وتكفل لهم عيشة راضية وجماعة فاضلة ومرجعها إلى تنظيم معاملاتهم وتهذيب أخلاقهم وما يقرب من المثل الأعلى للجماعات والأفراد . فإذا توافر للناس ما تتوقف عليه حياتهم ، وما تكون به حياتهم سهلة يسيرة لا حرج فيها ، وما تكون به حياتهم جميلة كاملة طيبة فقد توافرت لهم مصالحهم .

وقد دل استقراء الأحكام في الشريعة الإسلامية في جميع أبوابها وفروعها على أن كل حكم شرع فيها إنما قصد به تحقيق أمر ضروري للناس ، أو حاجي لهم ، أو تحسيني ، أو أمر مكمل لواحد من هذه الثلاثة أي أنه ما قصد به إلا تحقيق مصلحة للناس . وهذه المصالح لا تتناهى جزئياتها لأنها تتجدد وتتولد بتجدد شؤون الناس وتطور حالهم .

وبعض جزئيات هذه المصالح شرع الشارع الإسلامي أحكاما لتحقيقها ودل بهذا على أنه قصدها بتشريعه واعتبرها أساساً له مثل الأحكام التي شرعها لحفظ الدين والنفس والنسل والمال والعرض والعقل والأحكام التي شرعها للتخفيف والتيسير ورفع الحرج والأحكام التي شرعها للتطهير والتكميل وهذه تسمى في اصطلاح علماء الأصول المصالح المعتبرة من الشارع . وهذه لا خلاف بين علماء المسلمين في بناء التشريع عليها أي أن كل واقعة لم يرد بها نص إذا تحقق بالتشريع فيها مصلحة من المصالح التي بنى الشارع عليها الحكم في واقعة النص يحكم عليها بالحكم الذي ورد به النص لأن اعتبار الشارع هذه المصلحة هو إذن بجعلها أساساً للتشريع . والاستدلال بها على الحكم هو اقتداء بالشارع في تشريعه .

وبعض ما يبدو للناس أنه من مصالحهم قد دل الشارع بنصوصه أو بمبادئه العامة التي قررها على إلغائها وعدم اعتبارها مثل ما يبدو للناس من المصلحة في مساواة الإبن بالبنت في الإرث فقد دل على إلغائها قوله تعالى : «يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » ومثل ما يبدو من المصلحة في التشديد على موسر يفطر عامداً في رمضان بأن لا يكفر ذنبه إلا صيام ستين يوما فقد دل على إلغائها بناء الشريعة على اليسر ورفع الحرج والنص على أن التكفير بعتق رق فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين . فمن لم يجد فإطعام ستين مسكيناً ومثل أية مصلحة تبدو للناس وهي تصادم نصا في الشريعة أو مبدأ عاما قررته الشريعة وتسمى هذه في اصطلاح الأصوليين المصالح الملغاة . ولا خلاف بين العلماء في أنه لا يبنى عليها تشريع ولا يسوغ أن يقصد تحقيقها بحكم من الأحكام .

وبعض المصالح التي تقتضيها الضرورة أو الحاجة أو التحسين لحال الناس . لم يرد من الشارع ما يدل على اعتبارها بأشخاصها أساساً للتشريع . ولا ما يدل على الغائها بمعارضتها نصاً من نصوصه أو مناقضتها مبدأ من مبادئه مثل المصالح في كثير من العقود والنظم والإجراءات التي تقتضيها حال الناس

ولا دليل على اعتبار أشخاصها ولا دليل على إلغائها . وهذه تسمى في إصلاح الأصوليين المصالح المرسلة أي المطلقة عن اعتبار الشارع لها أو إلغائه إياها . وجمهور علماء المسلمين على أنها تصلح أساساً للتشريع وللاستدلال بها على الحكم فيما لا نص فيه، لأنها وإن كانت لم يعتبرها الشارع تفصيلاً فقد اعتبرها جملة في ضمن اعتباره في التشريع مصالح الناس . فمتى تثبت باليقين أو الظن الراجح أن تحقيق أمر ضروري للناس أو حاجي أو تحسيني يقتضي تشريع حكم من الأحكام ساغ تشريعه وكان الحكم شرعياً لأنه بني على أساس مصلحة اعتبرها الشارع في الجملة ولم يقم منه دليل على إلغائها . فهي عند التحقيق ليست مصلحة مرسلة وإنما هي مصلحة معتبرة من الشارع ولكن جملة لا تفصيلا . وتسميتها مصلحة مرسلة لأنها لم تعتبر بشخصها لا لأنها لم تعتبر أصلا .

قال القرافي : « ومما يؤكد العمل بالمصلحة المرسلة أن الصحابة عملوا أموراً لمطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار نحو كتابة المصحف ولم يتقدم فيه أمر ولا نظير . وولاية العهد من أبي بكر لعمر ولم يتقدم فيها أمر ولا نظير . وكذلك ترك الخلافة شورى ، وتدوين الدواوين ، وعمل السكة للمسلمين واتخاذ السجن وغير ذلك مما عمله الصحابة لمطلق المصلحة » .

والذي خلص من أقوال العلماء في المصلحة المرسلة أنه لا خلاف بينهم في التشريع بها وأنه لم يذهب واحد منهم إلى أنه لا تشريع إلا بناء على مصلحة اعتبرها الشارع بذاتها لأن مصالح الناس تتجدد وقد تقتضي ضرورات الناس وحاجاتهم في عصر من العصور مصالح لم يكن لها نظائر في عصر التشريع .لا بد من التقنين لها وانما الذي فتح باب الاختلاف فيها هو أن بعض ولاة الأمر اتخذوها وسيلة إلى التشريع لتحقيق أهوائهم وبعض العلماء ألبسوا الهوى ثوب المصلحة، وبعضهم شرع لمصلحة فردية لا لمصلحة اجتماعية، فنشأ الاختلاف في التشريع بالمصالح المرسلة خوفا من اتخاذها وسيلة إلى الأهواء والمصالح الخاصة . وذهب بعض الأئمة إلى أنه لا يبنى التشريع عليها سداً للذريعة إلى الشر ولكن منهم

من سوغ بناء التشريع عليها واحتاط بأن شرط أن تكون مصلحة عامة لا فردية. وأن تكون ظاهرة المناسبة والملاءمة بمعنى أن تشريع الحكم بناء عليها يتفق ومقاصد الشارع العامة من التشريع ويدفع ضرراً أو يرفع حرجا وأن تكون مصلحة حقيقية لا توهمية وعلى رأس هذا الفريق مالك بن أنس وأصحابه ، وأبو حنيفة وأصحابه ، لأن هذا مقتضى قولهم أن المصلحة تعد معتبرة من الشارع إذا اعتبر الشارع جنسها أساسا للتشريع .

وخلاصة القول في مصادر التشريع الاسلامي أن الوقائع التي وردت نصوصا في القرآن أو السنة بأحكامها تطبق فيها أحكام هذه النصوص . وليس في تطبيق هذه النصوص أي جمود أو مصادمة لمصالح الناس كما بيناه . وأن الوقائع التي لم ترد نصوص بأحكامها واتفق جماعة من أهل الذكر وأولي العلم على حكم فيها يتبع حكمهم فيها وأن الوقائع التي لا نص على حكمها ولا اتفاق لأهل العلم على حكم فيها يستنبط حكمها بالقياس على ما ورد النص به ، أو بتطبيق قواعد الشريعة العامة ومبادئها الكلية . وإذا كان مقتضى القياس أو تطبيق القاعدة العامة في جزئية من الجزئيات يفوت مصلحة أو يؤدي إلى ضرر أو حرج يعدل عنه إلى ما يقتضيه الاستحسان من الحكم الذي يتفق والمصلحة ويدل عليه وجه الاستحسان . وأن الوقائع التي لا نص على حكمها ولا اتفاق ، ولا يقتضي حكما فيها قياس أو تطبيق قاعدة عامة يشرع فيها الحكم بناء على ما تقتضيه المصلحة المطلقة بشرط أن تكون مصلحة عامة لا فردية وأن تكون مصلحة حقيقية لا هوائية وأن لا يصادم التشريع لتحقيقها نصا شرعيا ولا مبدأ عاما شرعيا ، وأن الوقائع التي لا نص على حكمها ولا اتفاق لأهل العلم على حكم فيها ، ولا دلالة لقياس أو استحسان أو مصلحة مرسلة على حكم فيها فحكمها الإباحة بناء على أن الأصل في الأشياء الإباحة مصداق قوله تعالى : « هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا » .

أهم المراجع الأصولية

لمن يرغب في الاستزادة

١ ــ كتاب أصول فخر الإسلام البزدوي العالم الحنفي المتوفي سنة ٤٨٣ هـ
وشرحه لعلاء الدين البخاري المتوفى سنة ٧٣٠ هـ

٢ ــ كتاب المستصفى لأبي حامد الغزالي العالم الشافعي المتوفي سنة ٥٠٥ هـ

٣ ــ كتاب روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة المقدسي العالم الحنبلي المتوفى سنة ٦٢٠ هـ

٤ ــ كتاب الموافقات لأبي اسحاق ابراهيم الشاطبي الغرناطي العالم المالكي المتوفى سنة ٧٩٠ هـ

وهذه الكتب الأربعة كتب قيمة جليلة الشأن وكل كتاب فيها يعبر أصدق تعبير عن أصول فقه مذهب من المذاهب الأربعة وكلها مطبوعة ومتداولة وأفضل طبعات الموافقات للشاطبي طبعة المكتبة التجارية الكبرى بتعليق وتصحيح المرحوم العالم الجليل الشيخ عبد الله دراز.

٥ ــ القياس في الشرع الإسلامي بحث قيم مسهب في الجزء الثاني من كتاب إعلام الموقعين لابن القيم المتوفى سنة ٧٥٠ هـ.

٦ ــ إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للإمام الشوكاني المتوفي سنة ١٢٥٥ هـ. والشوكاني من نفاة القياس. ومن الدعاة إلى فتح باب الاجتهاد والحاملين على القائلين بإيجاب التقليد.

٧ ــ أصول الفقه للمرحوم الشيخ محمد الخضري المتوفى سنة ١٩١٧ م. وهو كتاب على إيجازه جامع نافع.

فهـرس

الموضوع	الصفحة

الاستحسان

الاستصلاح

العرف

الاستصحاب

٧٠/٤٠